

***El proceso de constitucionalización de la Unión Europea y el  
modelo de distribución de competencias entre la Unión  
y los estados miembros***

Tesis doctoral del Licenciado Fernando Martínez Arribas, dirigida por el  
profesor Antonio-Carlos Pereira Menaut

*Vº Bº* del Director:

Doctorando:

Dr. Antonio-Carlos Pereira Menaut

Fernando Martínez Arribas

Santiago de Compostela, 2012



*A mi mujer y a mi hija*



*Un día vendrá en el que las armas se os caigan de los brazos, a vosotros también! Un día vendrá en el que la guerra parecerá también absurda y será también imposible entre París y Londres, entre San Petersburgo y Berlín, entre Viena y Turín, que será imposible y parecería absurda hoy entre Rouen y Amiens, entre Boston y Filadelfia. Un día vendrá en el que vosotros, Francia, Rusia, Italia, Inglaterra, Alemania, todas vosotras, naciones del continente, sin perder vuestras cualidades distintivas y vuestra gloria individual os fundiréis estrechamente en una unidad superior, y constituiréis la fraternidad europea, absolutamente como Normandía, Bretaña, Borgoña, Lorena, Alsacia, todas nuestras provincias, se funden en Francia. Un día vendrá en el que no habrá más campos de batalla que los mercados que se abran al comercio y los espíritus se abran a las ideas. Un día vendrá en el que las balas y las bombas serán remplazadas por los votos, por el sufragio universal de los pueblos [...] Un día vendrá en el que se mostrará un cañón en los museos como ahora se muestra un instrumento de tortura, ¡asombrándonos de que eso haya existido! Un día vendrá en el que veremos estos dos grupos inmensos, los Estados Unidos de América, los Estados Unidos de Europa, situados en frente uno de otro, tendiéndose la mano sobre los mares [...].*

VICTOR HUGO  
*Apertura del Congreso Internacional de la Paz  
París, 1849*



## ÍNDICE GENERAL

ABREVIATURAS Y SIGLAS UTILIZADAS .....	13
INTRODUCCIÓN .....	15

### **CAPÍTULO PRIMERO BASES CONSTITUCIONALES Y FEDERALES DE LA UNIÓN EUROPEA**

I.	INTRODUCCIÓN .....	25
II.	¿QUÉ ES UNA CONSTITUCIÓN? CONCEPTO Y FINALIDAD .....	26
	A. Rasgos comunes a las diferentes tradiciones constitucionales ...	27
	B. Posibilidad de Constitución en un marco no estatal. No exigencia ineludible de Estado, poder constituyente o <i>demos</i> .....	35
	1. La relación Constitución-Estado .....	35
	2. La relación Constitución-poder constituyente- <i>demos</i> .....	40
III.	CARACTERÍSTICAS DE LA CONSTITUCIÓN MATERIAL EUROPEA ANTERIOR AL TRATADO DE LISBOA .....	44
	A. La evolución constitucional emanada de los Tratados y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas .....	47
	1. Los Tratados .....	47
	2. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas .....	52
	B. Principales rasgos de la Constitución material europea .....	54
IV.	CARACTERES COMUNES A LOS MODELOS FEDERALES .....	59
	A. Origen, naturaleza y presupuestos del federalismo .....	60
	B. Estado federal <i>versus</i> confederación y otras figuras afines .....	66
	C. Elementos configuradores del sistema federal .....	70
	1. Las relaciones de supra y subordinación .....	71
	2. Las relaciones de inordinación .....	76
	3. Las relaciones de coordinación .....	82
V.	RASGOS FEDERALES DE LA CONSTITUCIÓN MATERIAL EUROPEA PREVIOS AL TRATADO DE LISBOA .....	84
	A. El singular modelo federal en la Constitución material de la Unión Europea .....	85
	B. El debate sobre la naturaleza federal de la Unión Europea .....	100

## **CAPÍTULO SEGUNDO**

### **ELABORACIÓN, CONTENIDO Y NATURALEZA DEL TRATADO CONSTITUCIONAL**

I.	INTRODUCCIÓN .....	109
II.	LOS INTENTOS MÁS RELEVANTES DE CONSTITUCIONALIZACIÓN	
	FORMAL EUROPEA .....	110
	A. El proyecto Spinelli: la propuesta de Tratado de la Unión Europea elaborada por el Parlamento Europeo .....	111
	B. El proyecto Herman: la propuesta de Constitución del Parlamento Europeo .....	115
	C. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea ...	120
III.	UNA CONSTITUCIÓN FORMALIZADA EUROPEA: EL TRATADO CONSTITUCIONAL RUBRICADO EN ROMA .....	125
	A. ¿Por qué era necesaria una Constitución formal? .....	125
	B. El proceso de elaboración del Tratado Constitucional .....	131
IV.	RASGOS GENERALES Y CONTENIDO DEL TRATADO CONSTITUCIONAL .....	142
	A. Preámbulo .....	143
	B. La Parte I: El núcleo constitucional de la Unión .....	144
	1. Título I: Definición y objetivos de la Unión .....	144
	2. Título II: Derechos fundamentales y ciudadanía de la Unión .....	148
	3. Título III: Competencias de la Unión .....	149
	4. Título IV: Instituciones y órganos de la Unión .....	150
	5. Título V: Ejercicio de las competencias de la Unión ...	164
	6. Título VI: La vida democrática de la Unión .....	172
	7. Título VII: Finanzas de la Unión .....	173
	8. Título VIII: La Unión y su entorno .....	173
	9. Título IX: La pertenencia a la Unión .....	174
	C. La Parte II: La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea .....	175
	D. La Parte III: Las políticas y el funcionamiento de la Unión .....	177
	E. La Parte IV: Disposiciones generales y finales .....	184
	F. La dimensión regional del Tratado Constitucional .....	189
	G. Algunas consideraciones críticas sobre el contenido del texto ...	194
V.	EXAMEN DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA CONSTITUCIÓN EUROPEA .....	198
	A. Aspectos formales .....	199
	B. Aspectos materiales .....	204
VI.	EL FEDERALISMO INTERGUBERNAMENTAL CONSAGRADO POR EL TRATADO CONSTITUCIONAL .....	212
VII.	LA COMPATIBILIDAD ENTRE EL TRATADO CONSTITUCIONAL Y LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA .....	216
	A. El precedente de Maastricht .....	217
	B. El posicionamiento del Consejo de Estado y del Tribunal Constitucional .....	219
	C. Hacia una reforma de la Constitución española que otorgue visibilidad a la Unión Europea .....	228



## CAPÍTULO TERCERO EL TRATADO DE LISBOA

I. INTRODUCCIÓN .....	239
II. DE LA CONSTITUCIÓN EUROPEA AL TRATADO DE LISBOA .....	240
A. Los referendos negativos de 2005 .....	240
B. Período de reflexión y debate. Propuestas para superar el <i>impasse</i> .....	243
C. La opción de rescatar sustantivamente la Constitución adoptada por el Consejo Europeo en junio de 2007 .....	250
D. La peculiar CIG de 2007. Una Conferencia Intergubernamental sin negociación .....	253
III. EL MODELO SURGIDO DEL TRATADO DE LISBOA.....	255
A. El Tratado de la Unión Europea a la luz de las reformas de Lisboa .....	258
1. Preámbulo .....	259
2. Título I: Disposiciones comunes .....	260
3. Título II: Disposiciones sobre los principios democráticos .....	268
4. Título III: Disposiciones sobre las Instituciones .....	272
5. Título IV: Disposiciones sobre las cooperaciones reforzadas .....	283
6. Título V: Disposiciones generales relativas a la acción exterior de la Unión y disposiciones específicas relativas a la política exterior y de seguridad común .....	285
7. Título VI: Disposiciones finales .....	290
B. El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea .....	297
IV. EL COMPLEJO PROCESO DE RATIFICACIÓN DEL TRATADO DE LISBOA .....	304
A. La etapa de incertidumbres .....	305
B. La ratificación española por vía parlamentaria .....	307
C. La sentencia del Tribunal Constitucional alemán sobre el Tratado de Lisboa .....	309
D. La aplicación del Tratado de Lisboa .....	314
V. VALORACIÓN DEL TRATADO DE LISBOA .....	317
A. Comparativa entre el Tratado de Lisboa y el Tratado Constitucional .....	318
B. La constitucionalidad del Tratado de Lisboa .....	321
C. Los efectos del velo de Lisboa en el modelo federal de la Unión Europea .....	326
D. El futuro del Tratado de Lisboa .....	332
E. La propuesta de reforma de diciembre de 2011 y el nuevo Tratado intergubernamental .....	345

## CAPÍTULO CUARTO

### EL SISTEMA DE DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE LA UNIÓN EUROPEA Y LOS ESTADOS

I. INTRODUCCIÓN .....	355
II. LAS TÉCNICAS DE DISTRIBUCIÓN VERTICAL DE COMPETENCIAS .....	356
III. EL MODELO DE DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE LA UNIÓN EUROPEA Y LOS ESTADOS ANTERIOR A LA ENTRADA EN VIGOR DEL TRATADO DE LISBOA ...	365
A. La clasificación competencial .....	366
1. Método de asunción: objetivos <i>versus</i> materias .....	366
2. El criterio de la intensidad: exclusivas, compartidas y complementarias .....	371
3. El tipo de potestad: legislativas, desarrollo legislativo y ejecutivas .....	375
B. La <i>vis</i> expansiva de los poderes de la Unión .....	378
1. Los poderes implícitos .....	379
2. La cláusula de flexibilidad .....	380
3. Las competencias horizontales .....	383
C. El insuficiente contrapeso: el principio de subsidiariedad .....	386
D. El principio de proporcionalidad .....	392
IV. PRINCIPALES LÍNEAS DE REFORMA DEL SISTEMA DE COMPETENCIAS ANTERIOR A LA ENTRADA EN VIGOR DEL TRATADO DE LISBOA .....	393
A. Las aportaciones del Parlamento y de la Comisión Europea .....	394
B. Las aportaciones de la doctrina .....	396
1. Propuestas: clarificación de competencias, mejora de la subsidiariedad y papel del Tribunal de Justicia .....	396
2. Consensos básicos y principales divergencias .....	401
V. LA PROPUESTA DE LA CONVENCIÓN. INNOVACIÓN SIN RUPTURA: CLARIFICACIÓN DEL SISTEMA COMPETENCIAL Y REFUERZO DE LA SUBSIDIARIEDAD .....	402
A. Clarificación del sistema competencial .....	404
1. Informe del Grupo de Trabajo V: explicitación de las categorías de competencias .....	404
2. Jerarquización de los actos de la Unión .....	408
3. El modelo competencial general diseñado en el Proyecto de Tratado Constitucional .....	410
B. Mecanismos de fortalecimiento de la subsidiariedad .....	419
1. Informe del Grupo de Trabajo I .....	422
2. La creación de un nuevo mecanismo: el sistema de alerta temprana .....	425
3. Proyecto de un nuevo Protocolo .....	426
VI. EL SISTEMA COMPETENCIAL ESTABLECIDO EN EL TRATADO CONSTITUCIONAL .	430
A. La categorización de competencias .....	431
B. El sistema de alerta temprana en el Tratado Constitucional y el incremento del papel de los Parlamentos Nacionales .....	439
C. Otros mecanismos de control del principio de subsidiariedad .....	443
D. El principio de proporcionalidad como criterio de ejercicio competencial .....	444
E. La constitucionalización expresa del principio de primacía .....	446

VII. EL MODELO DE DISTRIBUCIÓN COMPETENCIAL DISEÑADO EN EL TRATADO DE LISBOA .....	447
A. Conservación de la regulación general prevista en el Tratado Constitucional .....	447
B. Innovaciones y aplicación del Tratado de Lisboa en el escenario competencial .....	462
1. Refuerzo del sistema de alerta temprana .....	463
2. Puesta en marcha del control de la subsidiariedad por los Parlamentos Nacionales. El caso español .....	465
C. Desarrollo del papel de las entidades subestatales en el marco competencial .....	469
D. Las nuevas bases jurídicas .....	473
VIII. VALORACIÓN DEL MODELO COMPETENCIAL RESULTANTE .....	475
CONCLUSIONES .....	481
BIBLIOGRAFÍA GENERAL .....	495
APÉNDICE DE RESOLUCIONES DE ÓRGANOS JURISDICCIONALES .....	521

\* \* \*



## **ABREVIATURAS Y SIGLAS UTILIZADAS**

BENELUX:	Unión Económica de Bélgica, Holanda y Luxemburgo.
CDF:	Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.
CE:	Comunidad Europea.
CECA:	Comunidad Europea del Carbón y del Acero.
CEDH:	Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.
CEE:	Comunidad Económica Europea.
CEEA:	Comunidad Europea de la Energía Atómica (comúnmente conocida por sus siglas en inglés EURATOM).
CIG:	Conferencia Intergubernamental.
COREPER:	Comité de Representantes Permanentes.
COSAC:	Conferencia de los Órganos Especializados en los Asuntos Comunitarios y Europeos de los Parlamentos de la Unión Europea.
CPJMP:	Cooperación Policial y Judicial en Materia Penal.
LFB:	Ley Fundamental de Bonn.
MEDE:	Mecanismo Europeo de Estabilidad.
MTC:	Métodos de trabajo de la Convención.
OTAN:	Organización del Tratado del Atlántico Norte.
PESC:	Política Exterior y de Seguridad Común.
PESD:	Política Común de Seguridad y Defensa.
PPN:	Protocolo sobre el cometido de los Parlamentos Nacionales en la Unión Europea.
PPNa:	Protocolo sobre la función de los Parlamentos Nacionales en la Unión Europea (versión Tratado Constitucional).
PSP:	Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad (versión Tratado de Lisboa).
PSPa:	Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad (versión Tratado Constitucional).
PTC:	Proyecto de Tratado Constitucional elaborado por la Convención Europea.

TC:	Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (habitualmente utilizaremos la denominación de Tratado Constitucional o Constitución Europea).
TCE:	Tratado de la Comunidad Europea (versión consolidada emanada del Tratado de Niza).
TECG:	Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria.
TFUE:	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (versión consolidada emanada del Tratado de Lisboa).
TJUE/TJCE:	Tribunal de Justicia de la Unión Europea (anteriormente Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas).
TUE:	Tratado de la Unión Europea (versión consolidada emanada del Tratado de Lisboa).
TUEa:	Tratado de la Unión Europea (versión consolidada emanada del Tratado de Niza).
UE:	Unión Europea.

\* \* \*

## INTRODUCCIÓN

En el período temporal comprendido entre el célebre discurso pronunciado por el entonces Ministro de Asuntos Exteriores de Alemania, Joschka Fischer, el 12 de mayo de 2000 en la Universidad Humboldt de Berlín y el nuevo Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria, concebido en los Consejos Europeos de 9 de diciembre de 2011 y 30 de enero de 2012 y rubricado en marzo de este último año sin el apoyo del Reino Unido ni la República Checa, transcurren casi doce años en los que los pilares constitucionales de la Unión Europea vivieron una prolongada efervescencia a través de múltiples vaivenes que, en ocasiones, hicieron parecer a la Unión una montaña rusa con pronunciadas pendientes y súbitas bajadas en un constante frenesí.

Efervescencia en el debate teórico doctrinal, con múltiples y heterogéneas propuestas acerca del modelo de Unión que llevar a cabo, pero también en una *praxis* política que supuso la ocasión en que más cerca se estuvo hasta la fecha de alcanzar una Constitución Europea denominada formalmente como tal.

De hecho, como veremos a lo largo de esta tesis doctoral, en estos doce años se ha celebrado una Convención sobre el Futuro de Europa formada por representantes del Parlamento Europeo y de los Parlamentos Nacionales, de la Comisión y de los estados, que elaboró un avanzado proyecto constitucional que sirvió de base para el *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*, comúnmente denominado Tratado Constitucional, rubricado el 29 de octubre de 2004 en Roma por los entonces veinticinco estados miembros de la Unión.

Este Tratado Constitucional supuso un salto cualitativo en el proceso constitucional de la Unión: la denominación “Constitución” dejaba de ser un tabú y aparecía en un texto oficial aprobado por todos los gobiernos, incluidos los más euroescépticos. Del mismo modo, el carácter político-jurídico de la Unión quedaba explicitado al reconocérsele expresamente personalidad jurídica y desaparecer la estructura de pilares, a la par que se fortalecía el método comunitario con la generalización de la codecisión como procedimiento legislativo ordinario o la extensión de la mayoría cualificada en la toma de decisiones frente a la unanimidad.

No obstante, esta Constitución Europea no llegaría a entrar en vigor al encallar su ratificación como consecuencia de los *referenda* negativos de Francia y Holanda, lo que implicó un cambio de enfoque: los líderes europeos apostarían por mantener las principales aportaciones de la Constitución pero prescindiendo del concepto y de la naturaleza constitucional, lo que se llevaría a la práctica a través del Tratado de Lisboa firmado el 13 de diciembre de 2007 en la capital portuguesa.

Lisboa volvía al viejo método de reformas superpuestas de los Tratados comunitarios y de los complejos textos consolidados que el Tratado Constitucional había abandonado. Se había optado por una vía que asegurase los avances concretos prescindiendo de la mayor ambición político-jurídica de la que estaba dotada la frustrada Constitución Europea. En todo caso, y tras algunas dificultades, el Tratado de Lisboa fue ratificado por todos los estados miembros, de modo que el 1 de diciembre de 2009 estaba en vigor para el conjunto de la Unión.

De todas formas, el contexto actual, dominado por la mayor crisis económica y financiera desde el *crack* de 1929, ha demostrado que la Unión Europea no se había dotado de los suficientes instrumentos comunes en algunos ámbitos, como el fiscal, ni de una verdadera gobernanza económica. En este sentido se entendería la reforma del art. 136 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea o la adopción de un nuevo Tratado intergubernamental en materia de estabilidad económica y monetaria; ejemplos, sobre todo el segundo, de uno de los principales problemas de la Unión Europea de hoy: la vuelta al esquema intergubernamental, el abandono del método comunitario y la falta de fortaleza de la propia institucionalidad de la Unión.

Además, la Unión Europea actual no es la misma que la de hace doce años. La Unión de quince estados tiene desde el 1 de mayo de 2004 diez nuevos miembros (Chipre, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Malta, Polonia y la República Checa) procedentes, en su inmensa mayoría, del extinto bloque comunista, a los que hay que añadir Bulgaria y Rumanía desde el 1 de enero de 2007. Ampliación que sigue en marcha, puesto que Croacia rubricó con todos los miembros de la Unión su Tratado de Adhesión el 9 de diciembre de 2011, al tiempo que existen otros candidatos oficiales a ser miembros de la Unión (Macedonia, Montenegro, Islandia y Turquía).



Esta tesis doctoral, como indica su denominación *El proceso de constitucionalización de la Unión Europea y el modelo de distribución de competencias entre la Unión y los estados miembros*, busca aproximarse a lo acontecido en la arquitectura constitucional de la Unión Europea desde comienzos del presente siglo hasta el 2 de marzo de 2012 (fecha de la rúbrica del Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria), incidiendo especialmente en los criterios y principios que regirán la distribución competencial en el plano territorial, es decir, entre la Unión y los estados que la componen en el contexto de una gobernanza multinivel. Por ello, esta investigación parte del análisis de las bases constitucionales y federalizantes de la Unión, que ya existían de forma importante antes de este período (basta recordar las sentencias *Costa/ENEL*, *Van Gend en Loos*, *Internationale Handelsgesellschaft*, *Los Verdes/Parlamento Europeo*, etc.); continúa con los intentos de elaboración de una Constitución formalizada en la Unión a través del proyecto de la Convención sobre el Futuro de Europa y que desembocaron en el fallido Tratado Constitucional; sigue con el marco normativo actualmente en vigor consagrado por las reformas introducidas por el Tratado de Lisboa; y finaliza con el estudio más detallado del modelo de delimitación vertical de competencias entre la Unión Europea y los estados.

Esta temática y, sobre todo, el contexto de la investigación, nos inclinó por la utilización de un método tópico. Ello se debe a que esta tesis doctoral se fue elaborando, en muchos casos, de forma paralela a los cambios o intentos de cambio normativo que se producían en la Unión y que afectaban sobremanera a su dimensión constitucional. Además, aunque el Tratado de Lisboa lleva dos años en vigor, el objeto de estudio todavía no está del todo asentado, como demuestra el hecho de que no todas sus disposiciones son todavía aplicables (como la nueva configuración de la mayoría cualificada); del mismo modo, otros preceptos necesitan ser desarrollados a través del Derecho derivado o de regulaciones internas, por lo que aún no ha transcurrido el tiempo suficiente para valorar el funcionamiento de alguna de sus innovaciones como el *early warning system*. A ello habría que añadir que el marco dado por el Tratado de Lisboa ya ha sufrido la modificación del art. 136 TFUE, y que el Consejo Europeo de diciembre del 2011 abrió la vía para otro proceso de reforma (aunque gestionado a nivel intergubernamental debido al veto británico y checo a la reforma formal de los Tratados) que culminó el 2 de marzo de 2012 con la firma del Tratado de Estabilidad,

Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria, propiciado por las dificultades para dar una respuesta a la crisis económica y financiera desde el marco normativo de la Unión.

Por ello, a lo largo del presente trabajo combinamos el enfoque descriptivo con aspectos más valorativos, empleando dos grandes tipos de fuentes: la bibliográfica procedente de la doctrina y la documental. En esta última, de gran importancia dado el contexto que acabamos de mencionar, incluimos el material que consideramos más relevante de la Convención sobre el Futuro de Europa y de las dos conferencias intergubernamentales de las que emanaron respectivamente el Tratado Constitucional y el Tratado de Lisboa, resoluciones del Parlamento Europeo, declaraciones y conclusiones de los Consejos Europeos, propuestas impulsadas por estados, grupos de estados, instituciones y organismos, así como el seguimiento de todo lo anterior a través de los medios de comunicación.

Nuestro estudio se divide en cuatro capítulos: *Bases constitucionales y federales de la Unión Europea; Elaboración, contenido y naturaleza del Tratado Constitucional; El Tratado de Lisboa; y El sistema de distribución de competencias entre la Unión Europea y los estados*. Esta investigación, por tanto, fluye de lo general a lo particular. No podía ser de otra manera, pues no podemos entender los rasgos constitucionales de la Unión sin antes mencionar la Teoría de la Constitución, ni podemos comprender la distribución de competencias entre la Unión y los estados sin situarnos previamente en la Teoría federal y en las diferentes técnicas de delimitación competencial existentes en los estados federales o cuasifederales.

El Capítulo Primero tiene como objetivo principal determinar la realidad constitucional y federal *lato sensu* existente en la Unión Europea en el año 2000, momento en que situamos el inicio de esta investigación. Para ello analizaremos previamente lo que nosotros entendemos por Constitución y constitucionalismo, así como su relación con otros conceptos como el poder constituyente, el *demos* y el Estado, llegando a la conclusión que ya en ese momento se podría hablar de una verdadera Constitución material de la Unión aunque no estuviera formalizada. Del mismo modo, nos aproximaremos a la Teoría Federal, diferenciando figuras (Federación y Confederación) y modelos (dual o cooperativo), aunque sobre la base de una serie de

elementos comunes y configuradores del sistema federal, que sirven para acercarnos a la realidad multinivel de la Unión Europea. Se trata, en definitiva, del Capítulo que nos proporcionará los cimientos para entender el resto del trabajo.

El Capítulo Segundo analiza monográficamente el Tratado Constitucional rubricado el 29 de octubre de 2004 que, a pesar de no llegar a entrar en vigor, acoge una serie de innovaciones de gran calado, tanto cuantitativa como cualitativamente, que serán recogidas casi en su totalidad por el vigente Tratado de Lisboa; de ahí que consideramos oportuno un estudio pormenorizado de este texto para entender muchas de las disposiciones que finalmente serían de aplicación, aunque bajo una forma y un espíritu no constitucional, en el Tratado lisboeta. No obstante, de modo preliminar abordamos sintéticamente los principales intentos que hasta entonces se habían producido para pasar de la Constitución material europea estudiada en el Capítulo Primero a una Constitución formal, a través de los proyectos Spinelli o Herman, así como la elaboración de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea que, tanto por su contenido constitucional como por su redacción a través de una Convención, tendría gran relevancia en el futuro devenir constitucional de la Unión.

El punto de partida del Tratado Constitucional se situaría en la *Declaración n° 23* anexa al Tratado de Niza y en la *Declaración de Laeken*, las cuales fijaron la agenda para la reforma de la estructura de la Unión y la clarificación de aspectos esenciales como la distribución de las competencias, la situación de la Carta de los Derechos Fundamentales o la simplificación de los Tratados. Pero además Laeken estableció un novedoso mecanismo para posibilitar que la reforma fuera más eficaz, transparente y de mayor calidad: la Convención sobre el Futuro de Europa. Este órgano elaboró un Proyecto de Tratado Constitucional que, tras las correspondientes negociaciones y un fallido primer intento derivado de la falta de consenso en la definición de la mayoría cualificada, desembocó en el Tratado Constitucional aprobado por la Conferencia Intergubernamental y rubricado en Roma.

El Tratado Constitucional supondría una innovación no sólo por la forma en que se elaboró sino, sobre todo, por su contenido, consiguiendo que, al menos por una vez, todo el mundo en la Unión aceptase la idea de una Constitución Europea, incluso aquéllos más reticentes como británicos o nórdicos. El texto, además de las

innovaciones ya mencionadas al inicio de esta Introducción, contaba con una Carta de los Derechos Fundamentales integrada dentro del Tratado Constitucional y dotada de valor jurídico, venciendo así una de las principales reticencias que se apuntaban en relación con la dimensión constitucional de la Unión. Por ello nos detendremos en el estudio de los parámetros de constitucionalidad del Tratado Constitucional, tanto en su sentido formal como material. Además, abordaremos el modelo organizativo resultante, que suponía un esquema singular con rasgos federalizantes, aunque sin ser propiamente federal, y que podría denominarse como federalismo intergubernamental. Finalmente, se plantean algunas cuestiones ligadas a la relación del Tratado Constitucional con la Constitución española, sobre todo en cuanto a la interpretación del art. I-6 TC que proclamaba expresamente el principio de primacía de la Constitución y el Derecho de la Unión, y la posibilidad de una reforma constitucional que mejore el encaje formal del ordenamiento jurídico comunitario en España.

El Capítulo Tercero examina el proceso de gestación y elaboración del Tratado de Lisboa, como consecuencia del fracasado proceso de ratificación del Tratado Constitucional que, a pesar de ser avalado por consulta popular en España, sufrió el rechazo de los *referenda* francés y holandés, no llegando a entrar en vigor. Estudiaremos, por consiguiente, cómo y porqué se llega a Lisboa, así como el contenido y la naturaleza de dicho Tratado. Un contenido que, como veremos, no difiere en demasía de lo dispuesto por el Tratado Constitucional; no obstante, Lisboa, con el objetivo de salvar el núcleo de la fallida Constitución Europea, se desprende de su esencia constitucional. El Capítulo recoge también su tortuoso proceso de ratificación, que culminaría con su entrada en vigor el 1 de diciembre del 2009, y se hace una valoración global del mismo, irremisiblemente condicionada por las perspectivas de reforma de dicho Tratado.

El Capítulo Cuarto aborda la delimitación competencial entre la Unión y los estados (es decir, la delimitación vertical de competencias), cuestión que desde hace años pedía ser clarificada, tal como había quedado patente en la *Declaración n° 23* anexa al Tratado de Niza y en la *Declaración de Laeken*. La Unión forma parte de una realidad multinivel y, por tanto, el Capítulo analizará la configuración de las capacidades de actuación de sus diversos componentes: la Unión Europea, el nivel estatal formado por los actuales veintisiete estados miembros, y las entidades

subestatales. En todo caso, conviene aclarar que no pretendemos resolver en este trabajo la complicada nebulosa que supone la distribución de competencias entre la Unión y los estados en cada materia, objetivo o política concreta. Lo que se desea es clarificar las líneas fundamentales del modelo competencial, a través de una aproximación en varias fases: desde la situación del sistema de delimitación competencial anterior al Tratado de Lisboa, al modelo resultante de dicho Tratado que permite que hoy en día, por primera vez, los Tratados dispongan explícitamente de una categorización competencial, pasando por las aportaciones en este ámbito introducidas por la Convención Europea y el Tratado Constitucional. Además, el Capítulo aborda el estudio de otros ámbitos estrechamente ligados al sistema de competencias, como los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, la tipología normativa, o la primacía del Derecho de la Unión, ya que los criterios que delimitan el modelo competencial o la aplicación de las propias competencias no se podrían entender sin ellos.

La parte final de esta introducción ha de versar necesariamente sobre aquellas personas, administraciones o instituciones que han propiciado que esta investigación tenga lugar. En primer lugar, el profesor Antonio-Carlos Pereira Menaut, director de esta tesis doctoral y de mi anterior Tesina de Licenciatura, así como titular del Módulo *Jean Monnet “The Process of Constitutionalisation of the European Union”* del que fui asistente. Es el profesor Pereira el responsable último de mi acercamiento al estudio del Derecho Constitucional europeo. Del mismo modo, también quiero recordar a mis antiguos compañeros de estudio y de despacho, Manuel Núñez Poblete y María Begoña López Portas.

Además, no me gustaría terminar esta introducción sin referirme al programa de Doctorado *O Dereito Público e as Institucións Públicas ante a Unión Europea e o Mercosur*, de la *Universidade de Santiago de Compostela*, en cuya etapa de formación elaboré y defendí el Trabajo de Investigación Tutelado *La constitucionalización de Europa: el modelo de la Convención*, que tendría su continuidad en la Tesina de Licenciatura *El proyecto de la Convención Europea: una perspectiva constitucional*. Esta tesis doctoral es, por tanto, deudora de ambos trabajos y del *Departamento de Dereito Público e Teoría do Estado* de la Universidad compostelana, a cuyos profesores y personal administrativo debo agradecer todas las facilidades dadas para la realización

de esta investigación. En especial a los profesores Xavier Ferreira Fernández y Ana Gude Fernández.

En el ámbito de las Administraciones Públicas, quisiera mostrar mi agradecimiento al entonces Ministerio de Educación, Cultura y Deporte que me concedió una Beca del Programa Nacional de Formación de Profesorado Universitario que, en sus inicios, facilitó sobremedida esta investigación, tanto en materia de financiación como a través de la concesión de estancias de investigación. Del mismo modo, la Xunta de Galicia me concedió en su día una *Bolsa para a realización de estudos de Terceiro Ciclo* y participé en sendos proyectos de investigación denominados respectivamente “Contribución, dende unha perspectiva galega, a un proxecto de Constitución da Unión Europea: un caso de *multilevel governance*” (PGIDT01SCX20203PR) y “Rexións e estados no multiconstitucionalismo europeo” (PGIDIT05PXIB20202PR), financiados también por la Xunta de Galicia. Proyectos que me permitieron compartir estudio y experiencia con docentes e investigadores, entre los que no puedo dejar de mencionar a Celso Cancela Outeda, Álvaro López Mira, Enrique Varela, Pablo González Mariñas o Argimiro Rojo Salgado.

Finalmente, y con el *sopORTE* propiciado por la Beca de Formación de Profesorado Universitario, realicé estancias de investigación en la sede de la Fundación Galicia-Europa de Bruselas, pudiendo asistir a una sesión plenaria de la Convención sobre el Futuro de Europa, en el *Max Planck Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* de Heidelberg, así como en el *Queen's College* y en el *Institute of European and Comparative Law* de la Universidad de Oxford. Por ello, y aún a riesgo de quedarme corto, no puedo sino dar las gracias a la directora de la Fundación Galicia-Europa en Bruselas Ana Ramos Barbosa, al responsable de las relaciones con la Unión Europea de la Xunta de Galicia, Jesús Gamallo Aller, y al alto funcionario de la Unión Europea Francisco Fonseca Morillo, a los profesores Armin Von Bogdandy y Jürgen Bast en Heidelberg, Rainer Arnold en Regensburg, y a John Rutherford y Katja Ziegler en Oxford. Y es de justicia no olvidarse de los lugares (entre los que no puedo dejar de mencionar a la Biblioteca Pública de Ilanes de Sanabria) o de las personas que, a lo largo de estos años me ayudaron o dieron consejos sobre este trabajo. Dentro de estas últimas, en especial, debo nombrar a los doctores Alan Bronfman, Alfredo Sierra Herrero, Julio Fernández Rodríguez, Richard Stith, Uxío Labarta y Anxo Lugilde así

como a Manuel Morán, probablemente una de las personas que más de cerca han vivido el proceso de integración comunitaria desde la perspectiva de Galicia. Del mismo modo, no puedo olvidarme de la comprensión mostrada por Antón Louro Goyanes y José Manuel Pose Mesura, personas con las que he tenido ocasión de trabajar pero, sobre todo, de aprender. *Last but not least* quiero dar las gracias a mi familia (la gallega y la de más allá del Padornelo), en especial a mis padres y, sobre todo, a mi hija Jimena y a mi mujer Berta, cuya comprensión, colaboración e insistencia lograron que esta investigación pasara de la cabeza al papel. Todos ellos y muchos otros que no menciono hicieron posible que esta tesis doctoral se convirtiera en una realidad.

\* \* \*





## **CAPÍTULO PRIMERO BASES CONSTITUCIONALES Y FEDERALES DE LA UNIÓN EUROPEA**

### **I. INTRODUCCIÓN**

El objetivo del Capítulo Primero es, como su propia rúbrica indica, examinar las bases constitucionales y federales sobre las que se asentaba la Unión Europea a principios del siglo XXI, es decir, en el momento inmediatamente posterior a la aprobación del Tratado de Niza que reformaba los Tratados comunitarios. En este sentido, como es obvio, no podemos aprehender la dimensión constitucional o federal de la Unión sin antes referirnos, aunque sea sin afán exhaustivo, a la Teoría de la Constitución y a la Teoría del Federalismo.

De esta forma, estudiaremos primero lo que nosotros entendemos por Constitución, su finalidad y los rasgos que estimamos más característicos y que deben aparecer siempre para que podamos hablar verdaderamente de Constitución y constitucionalismo. Nótese que la dimensión constitucional que adoptamos no está vinculada a conceptos como el Estado, el poder constituyente o el *demos*; ello no significa que la mayor parte de las constituciones que conocemos tengan estas bases, sino que admitimos que la relación no es de necesidad y que, por tanto, puede existir una realidad constitucional en un ámbito no estatal como es la Unión Europea.

Llegados a este punto, ya estaremos en condiciones de analizar la dimensión constitucional de la Unión Europea. Unión que, aunque sin poseer formalmente una Constitución, tendría numerosos elementos de constitucionalidad (normativos, jurisprudenciales, etc.) que nos permitirían, a nuestro juicio, hablar de una Constitución de la Unión en sentido material.

Una vez examinada esta dimensión constitucional, realizaremos una operación similar desde el punto de vista federal. Así, analizaremos las principales características comunes a los modelos federales (que a su vez son heterogéneos) partiendo de una noción del federalismo amplia y dinámica, entendida como proceso que puede cristalizar en diversas realidades (federación, confederación, etc.) y modelos (federalismo dual, cooperativo, etc.).

Para finalizar este Capítulo abordaremos el peculiar modelo federal de que estaría dotada la Unión Europea, analizando sus principales rasgos federales o federalizantes, que a su vez se seguirían conjugando con otros caracteres de naturaleza intergubernamental; por último, sintetizamos las principales posiciones que se plantearon acerca de la naturaleza federal de la Unión, expuestas al hilo del proceso de reforma que iba a comenzar y que abordaremos con detenimiento en el Capítulo Segundo de esta tesis doctoral.

## II. ¿QUÉ ES UNA CONSTITUCIÓN? CONCEPTO Y FINALIDAD

Como acabamos de exponer, no podemos comenzar sin prefijar las bases constitucionales sobre las que se asienta el edificio europeo. Necesidad que se ha hecho más perentoria con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa que, como veremos en el Capítulo Tercero, posee sustanciales rasgos constitucionales que, en gran parte, recogen las aportaciones del Tratado Constitucional rubricado en el año 2004 y frustrado en la fase de ratificación, si bien casi siempre revestidos de un velo para, al menos formalmente, disimularlos y que no se perciban explícitamente.

Por ello nuestro estudio ha de ir forzosamente de lo más general a lo más particular. Es decir, ahora abordaremos los principios constitucionales que irán apareciendo una y otra vez a lo largo de toda la tesis doctoral, puesto que para poder aprehender los principios constitucionales que regirán en la distribución competencial, tenemos que saber qué es lo que entendemos por Constitución<sup>1</sup> o constitucionalismo<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Para Loewenstein, el concepto de Constitución fue usado por primera vez en el sentido actual por Cicerón; posteriormente se emplearía esta denominación para designar a las leyes imperiales de Roma, pasando este uso a la Iglesia durante la etapa medieval. Su utilización para referirse a las normas fundamentales de la comunidad, incluyendo también a las no escritas, correspondería al siglo XVII, *vid.* LOEWENSTEIN, Karl: *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1976, p. 150.

<sup>2</sup> Según lo expuesto por Craig, el término constitucionalismo tendría diversas acepciones: podría referirse a las cuestiones filosóficas que rodean la existencia de una Constitución (su legitimidad, obligatoriedad o interpretación), o poseer una naturaleza más descriptiva en el sentido de tratar de “determinar en qué medida un ordenamiento jurídico concreto posee o no las características asociadas a una Constitución”, de forma que la idea de constitucionalización “expresa el movimiento hacia la consecución de tales características”, CRAIG, Paul: “Constituciones, constitucionalismo y la Unión Europea”, en García de Enterría (director), *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, Madrid, Civitas, 2002, p. 232. Esta perspectiva descriptiva es la que emplearemos, pues a lo largo de esta investigación vamos a estudiar si el ordenamiento jurídico de la UE cumple con los rasgos vinculados a una *Carta Magna*; por ello en realidad su sentido irá más allá del descriptivo, al examinar los caracteres asociados a la Constitución y ésta, como veremos, tendrá una dimensión finalista. Craig también hace mención a otras acepciones del constitucionalismo: vinculado a determinados rasgos de un sistema político (Constitución escrita, elecciones o control de los preceptos constitucionales por un tribunal específico), ligado al grado de

No obstante, conviene aclarar que no pretendemos hacer un análisis exhaustivo de la Teoría de la Constitución ni, mucho menos, de la evolución del constitucionalismo. Simplemente queremos exponer una serie de consideraciones que ayuden a entender el posterior desarrollo de la investigación: la posibilidad de elaborar una Constitución Europea escrita y formal en una realidad no estatal y su encuadre dentro de la teoría constitucional.

#### A. Rasgos comunes a las diferentes tradiciones constitucionales

Partiendo del clásico planteamiento expuesto por el profesor García-Pelayo, se podrían distinguir tres grandes tipos conceptuales de Constitución: el concepto racional normativo, el histórico tradicional y el sociológico<sup>3</sup>.

En el primer caso, la Constitución aparece como un sistema de normas, “un complejo normativo establecido de una sola vez y en el que de una manera total, exhaustiva y sistemática se establecen las funciones fundamentales del Estado y se regulan los órganos, el ámbito de sus competencias y las relaciones entre ellos”<sup>4</sup>. Característico de este planteamiento sería concebir a la Constitución como soberana y suprema (se despersonaliza la soberanía), otorgándole garantías de permanencia a través de procedimientos especiales para su reforma (por tanto, iría ligada a un constitucionalismo escrito). No obstante, para García-Pelayo esta dimensión habría de ir unida a un sentido político, y no neutro, que habría de tener esta Constitución. Es decir, la necesidad de dos condiciones para poder hablar de su verdadera existencia: “a)

---

satisfacción de las características constitucionales de un ordenamiento jurídico o, incluso, a la posibilidad de aplicar determinadas normas de naturaleza constitucional a las relaciones privadas, *vid. ibidem*, pp. 232-233.

<sup>3</sup> *Vid.* GARCÍA-PELAYO Y ALONSO, Manuel: *Derecho constitucional comparado*, Madrid, Alianza, 1999, p. 33-53. Por su parte, Pereira Menaut establece seis grandes formas de concebir la Constitución: como realidad jurídico-formal, siendo una norma especial y suprema (no en el Reino Unido) que regula los aspectos esenciales de un país, pero no los detalles, sin vocación de ser la única fuente de juridicidad; como realidad político-organizativa, siendo el fundamento organizativo de una sociedad; como medio para limitar el poder, destacando aquí este contenido específico no necesariamente presente en las dos primeras acepciones; como concreta y real configuración de un país, en un sentido sociológico-descriptivo; como límite o pacto de límites al poder, de forma que si los gobernantes lo incumplen podría pasarse lícitamente a la insumisión; y como el conjunto de los valores positivizado, cuyo ejemplo sería Alemania a partir de la década de los cincuenta del siglo pasado o más recientemente, incluso la Unión Europea. Una variante de la concepción jurídico-formal sería el modelo kelseniano, caracterizado por configurar a la Constitución como pirámide normativa, fuente de todo el ordenamiento jurídico y norma que rige la producción de las demás normas, *vid.* PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos: *Lecciones de Teoría Constitucional*, Madrid, Colex, 2010, pp. 16-19.

<sup>4</sup> GARCÍA-PELAYO Y ALONSO, Manuel: *Derecho constitucional...*, p. 34.

la garantía de los derechos individuales; b) la división de poderes que sirve a la efectividad de aquéllos”<sup>5</sup>.

El concepto histórico-tradicional, como su propio nombre indica, tendría su fundamento en la historia (asunción del pasado como un orden inmutable) y en la costumbre (por tanto no necesitaría ser escrita). La Constitución se construiría sobre la base de la legitimidad; por ello la soberanía no estaría despersonalizada, ya que, o reside en una única persona (el Rey) o lo hace en órganos concretos (como el Parlamento en el Reino Unido). Con todo, dentro de esta propia concepción pueden apreciarse dos planteamientos diferenciados: la idea de una Constitución puramente histórica al margen de la razón (Burke) frente a aquéllos que consideraban que la razón podría moldear en parte a la historia (Humboldt).

En lo que respecta al concepto sociológico, su estructura descansaría sobre la idea de vigencia, diferenciándose de los dos planteamientos anteriores: la Constitución es una forma de ser (no de deber ser) pero no resulta del pasado, sino de situaciones y estructuras socio-económicas del presente. Y, al igual que sucedía con la concepción histórica, pueden discernirse dos grandes variantes unidas en su ataque a la teoría racional de la Constitución y al Estado liberal: la conservadora representada por Von Stein y la socialista de Lassalle<sup>6</sup>.

Es indudable que la respuesta que otorguemos al concepto Constitución inevitablemente será polémica, pues es un término equívoco al que se le añaden frecuentemente consideraciones axiológicas y que, como decía Schmitt, “reconoce una diversidad de sentidos”<sup>7</sup>. Al tiempo, la formulación constitucional no ha sido la misma en el Reino Unido o Norteamérica que en Alemania o Francia: los contextos y las tradiciones jurídico-políticas son distintas, pero en todas ellas podemos detectar rasgos

---

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 39. Ciertamente es que la doble dimensión de esta concepción (organicista y finalista) es separada por gran parte de la doctrina, especialmente si se asume un planteamiento kelseniano.

<sup>6</sup> Vale la pena reproducir literalmente la argumentación de este autor en su famosa conferencia berlinesa de 1862: “He aquí [...] lo que es, en esencia, la Constitución de un país: la suma de los *factores reales de poder* que rigen en ese país. [...] Se cogen esos factores *reales* de poder, se extienden en una hoja de papel, se les da expresión *escrita*, y a partir de este momento, incorporados a un papel, no son simples factores *reales* de poder, sino que se han erigido en *derecho*, en instituciones *jurídicas*, y quien atente contra ellos atenta contra la ley, y es castigado”, LASSALLE, Ferdinand: *¿Qué es una constitución?*, Barcelona, Ariel, 1994, p. 92.

<sup>7</sup> SCHMITT, Carl: *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza Editorial, 1982, p. 29. Este autor explora a continuación diferentes sentidos del término Constitución: absoluto, relativo, positivo e ideal, pp. 29-62.

comunes, elementos que hacen que podamos hablar de Constitución en un país profundamente estatista (Francia) y en uno de tradición de *common law* (Estados Unidos) sin dificultades para entender a qué nos estamos refiriendo.

Cierto es que en el pasado las diferencias entre las tradiciones y concepciones jurídicas eran acusadas y todavía hoy persisten en parte: no es lo mismo una concepción estatista que liga la Constitución al Estado donde no se concibe una Constitución sin un Estado en que se aplique, que una concepción sustentada en la tesis opuesta, es decir, un modelo contractualista, por el que la legitimidad del Estado o del poder público derivaría de la Constitución y como expresión de un contrato social podría existir en otra forma de comunidad distinta a la estatal<sup>8</sup>.

Del mismo modo, tampoco son asimilables la concepción constitucional vinculada a las nociones de poder constituyente-pueblo-nación, propia de los revolucionarios franceses de 1789, que el modelo emanado de los constituyentes norteamericanos de sólo dos años antes, para los que la cuestión del *demos* o *Volk* no interesaba o era incluso inexistente<sup>9</sup>. Como tampoco es lo mismo una concepción constitucional de raíz continental, sustentada en un control de la potestad pública por el Derecho sobre la base del *Régime Administratif* o del *Rechtsstaat* (en sus variantes francesa y alemana respectivamente) que un modelo sustentado en el *rule of law*, el *common law* y el constitucionalismo no codificado, como el caso anglosajón (e incluso no escrito, como en el Reino Unido)<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> Vid. PERNICE, Ingolf - MAYER, Franz C.: “La Costituzione integrata dell’Europa”, Walter Hallstein Institut-Paper, n° 7, (2003), pp. 44-46. Ambos autores apuntan que el enfoque estatista está perdiendo “valor explicativo y fuerza analítica” como consecuencia, entre otras cosas, de la integración europea, la globalización o la propia evolución del concepto de Estado, p. 44. Sobre el contrato social, vid. ROUSSEAU, Jean-Jacques: *El contrato social*, Valladolid, Maxtor, 2008, si bien los antecedentes de esta teoría podrían encontrarse en Hobbes o Locke.

<sup>9</sup> Vid. GORING, Randi: “Requirements for the emerging European Constitution”, Walter Hallstein Institut-Paper, n° 2, (2003), pp. 4-5.

<sup>10</sup> Sobre la diferencia entre el *Régime Administratif* y el *rule of law* anglosajón, vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, Madrid, Civitas, 2001, pp. 144-151; en relación con la dicotomía entre *Rechtsstaat* y *rule of law*, vid. ZAGREBELSKY, Gustavo: *El Derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 1995; vid. también en sentido similar PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos: *Rule of Law o Estado de Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2003, cuyo autor apunta a una serie de factores que han propiciado la aproximación entre ambos sistemas: la situación posterior a 1945 derivada del Tribunal de Nuremberg y otras cortes de justicia *ad hoc* más recientes (Yugoslavia, Ruanda), los tribunales de Estrasburgo y San José de Costa Rica o el Tribunal Penal Internacional, pp. 61-63, algo que todavía se hará más evidente con la elaboración de una Constitución Europea (aunque no llegara a entrar en vigor) y la Carta de los Derechos Fundamentales, p. 112; con todo, el mismo autor defiende que, aunque matizadas, todavía persisten las diferencias, vid. *ibidem*, pp. 98-109. Por ello, el profesor Pereira Menaut concluye que “sendo realistas, non podemos

Por todo ello resulta conveniente adaptar o renovar la teoría constitucional de modo que “[...] ciertos criterios propios de la idea moderna o *postwestfaliana* de Constitución –incluyendo al Estado como el sujeto exclusivo del fenómeno constitucional– no dificulten la adecuada comprensión de una realidad que es diferente”<sup>11</sup>, admitiendo que “el empeño en considerar como únicas, definitivas y universales las verdades políticas propuestas por el liberalismo burgués de las revoluciones del siglo XVIII, no sólo dificulta el entendimiento dentro del propio constitucionalismo occidental sino también fuera de él. Lo mismo sucede si se pretende dar por universalmente válida una sola concepción acerca de la Constitución”<sup>12</sup>.

¿Cuáles serían entonces esos elementos esenciales y perdurables para poder hablar de Constitución, con independencia de las diferentes tradiciones jurídico-políticas? El profesor García-Pelayo nos proporciona la clave de bóveda, apuntando que solamente sirve como Constitución “aquello que establece una limitación de la actividad del Estado y que de modo racional finalista provee los medios orgánicos adecuados para su realización”<sup>13</sup>. Es decir, no podemos concebir una Constitución neutra o con un mero sentido organicista, algo que ya había advertido Biscaretti cuando explicaba que una Constitución únicamente entendida como conjunto de las principales instituciones de un ordenamiento jurídico o como conjunto de sus normas fundamentales, estaría presente en todo tipo de Estado aunque no se respetaran los

---

esperar das culturas políticas francesa ou española outra cousa que a uniformidade. O talento francés creou o estado, os códigos, a administración napoleónica, o republicanismo igualitario e homoxeneizador e as comunicacións radiais, pero non se lle pode pedir que acomode pobos, constitucións e sistemas xurídicos e institucións diferentes”, PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos: “¿Outro modelo constitucional para Europa?”, en López Mira - Cencela Outeda (coordinadores), *Europa, Europa*, Santiago de Compostela, Tórculo, 2006, p. 205.

<sup>11</sup> NÚÑEZ POBLETE, Manuel: “Una introducción al constitucionalismo postmoderno y al pluralismo constitucional”, en Pereira Menaut *et alii*, *Multiconstitucionalismo e multigoberno. Estados e rexións na Unión Europea*, Santiago de Compostela, Universidade de Santiago de Compostela, 2005, p. 23, citando a WARD: “Beyond Constitutionalism: The Search for a European Political Imagination”, *European Law Journal*, nº 7/1, (2001), pp. 24-40. No obstante, todavía hoy persiste en gran parte de la doctrina española una concepción de la Constitución vinculada al Estado, como puede verse en la clásica definición del profesor López Guerra según la que serían constitucionales “aquellas normas que regulan, en garantía de la libertad del individuo en una comunidad política organizada, las posiciones jurídicas fundamentales de los ciudadanos frente al Estado, y la distribución de poder entre los principales órganos de éste; normas que por su carácter fundamental y definidor del sistema jurídico, tienen generalmente el carácter de normas superiores, en cuanto a su rango y fuerza vinculante”, LÓPEZ GUERRA, Luis: *Introducción al Derecho Constitucional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994, p. 22.

<sup>12</sup> NÚÑEZ POBLETE, Manuel: “Una introducción...”, pp. 24-25.

<sup>13</sup> GARCÍA-Pelayo y ALONSO, Manuel: “Constitución y Derecho Constitucional (Evolución y crisis de ambos conceptos)”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 37-38, (1948), p. 63.

derechos y libertades fundamentales, lo cual no casaría con la dimensión de freno al poder que la Constitución debe tener<sup>14</sup>.

Para nosotros no cabe duda que el rasgo distintivo de la Constitución ha de ser su contenido: garantista para los ciudadanos y limitadora del poder<sup>15</sup>. De esta forma, podemos entender el concepto de Constitución como “los frenos que la sociedad desea imponer a los detentadores del poder en forma de un sistema de reglas fijas [...] destinadas a limitar el ejercicio del poder político”<sup>16</sup> o de forma más sintética, como “limitación del poder, llevada a cabo por medio del Derecho (y también de la Política) y afirmando una esfera de derechos y libertades en favor de los ciudadanos”<sup>17</sup>.

A nuestro entender, este sería el sentido que mejor casaría con el conocido art. 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 por el que “toda sociedad en la que no esté asegurada la garantía de los derechos ni establecida la división de poderes carece de Constitución”<sup>18</sup>. De hecho, Schmitt reconoce que “en el proceso histórico de la Constitución moderna ha prosperado tanto un determinado concepto ideal, que, desde el siglo XVIII, sólo se han designado como Constituciones aquellas que correspondían a las demandas de libertad burguesa y contenían ciertas garantías de dicha libertad”<sup>19</sup>.

Estos elementos entroncan con el enfoque dado por el constitucionalismo clásico liberal, en especial de raíz anglosajona, que además son de gran utilidad para aprehender la realidad constitucional de la Unión Europea: la configuración del Reino Unido como Estado *stricto sensu* fue tardía, carece todavía hoy de Constitución

<sup>14</sup> Vid. BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo: *Derecho Constitucional*, Madrid, Tecnos, 1987, pp. 139-141. Por tanto, los rasgos formales que distinguen a las constituciones de la legislación ordinaria (como su solemne elaboración o las vías cualificadas para proceder a su reforma) no bastarían por sí mismos para otorgar el *status* de constitucional a un texto, aunque se haya calificado con esa denominación.

<sup>15</sup> López Guerra considera que, desde una óptica material, las normas constitucionales “se definen por su objeto: serían las normas que regulan las materias directamente vinculadas a la garantía básica de la libertad”, LÓPEZ GUERRA, Luis: *Introducción...*, p. 18.

<sup>16</sup> LOEWENSTEIN, Karl: *Teoría...*, p. 149.

<sup>17</sup> PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos: *Lecciones...*, p. 20.

<sup>18</sup> La teoría de la separación de poderes emana de Locke, quien un siglo antes de la Declaración de 1789 había diferenciado los poderes legislativo, ejecutivo y federativo, vid. LOCKE, John: *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, Madrid, Alianza, 2000; y de Montesquieu, quien desarrolló el modelo de Locke distinguiendo entre poder legislativo, ejecutivo y judicial vid. MONTESQUIEU: *Del espíritu de las leyes*, Madrid, Tecnos, 1980.

<sup>19</sup> SCHMITT, Carl: *Teoría...*, p. 59. Para este autor las garantías serían: “reconocimiento de los derechos fundamentales, división de poderes y, al menos, una participación del pueblo en el poder legislativo mediante una Representación popular”, p. 60.

escrita<sup>20</sup>, su Constitución material no es obra de un único poder constituyente y el desarrollo de su Derecho constitucional (al igual que el norteamericano) ha sido marcadamente judicialista; no es casualidad, por tanto, que estos rasgos se asemejen a la Constitución material de la Unión Europea<sup>21</sup> que estudiaremos en el epígrafe III de este Capítulo.

De esta forma, Craig establece, en sentido amplio, siete rasgos básicos sobre los que se asentarían las modernas constituciones: que fueran constitutivas, definiendo los principales órganos de gobierno y sus facultades; estables; con una formulación ortodoxa, normalmente en uno o varios documentos escritos; ley superior; justiciables; rígidas; y con una ideología común, incluyendo cuestiones como los derechos civiles y políticos, la democracia o el federalismo. Ahora bien, no todas las constituciones habrían de contener necesariamente esos rasgos, pudiendo estar, según los casos, más desarrollados (constituciones gruesas) o menos (constituciones delgadas)<sup>22</sup>.

Por su parte, Loewenstein considera que los elementos mínimos imprescindibles para poder hablar de una verdadera Constitución serían: diferenciación de las diversas tareas estatales asignándolas a diferentes órganos para evitar la concentración del poder (separación de poderes); mecanismos de cooperación entre los diversos detentadores del poder, y de frenos y contrapesos (*checks and balances*); mecanismos para evitar los bloqueos entre los diversos detentadores de poder, configurándose el electorado como árbitro supremo con el establecimiento del principio democrático; un método de

<sup>20</sup> Y ello a pesar de que fue en Inglaterra donde se elaboró la primera Constitución escrita moderna: el *Instrument of Government* de Cromwell, en 1653, más de cien años anterior a las constituciones norteamericana y francesa de fines del siglo XIX. Como advierte Pereira Menaut, sería más apropiado considerar que la Constitución británica no está codificada, porque en parte está escrita y en parte no, *vid.* PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos: *Lecciones...*, p. 27 y pp. 29-30.

<sup>21</sup> *Vid.* CANCELA OUTEDA, Celso: *El proceso de constitucionalización de la Unión Europea. De Roma a Niza*, Santiago de Compostela, Universidade de Santiago de Compostela, 2001, pp. 142-154.

<sup>22</sup> Este autor sigue a su vez los caracteres expuestos por Joseph Raz en su “On the Authority and Interpretation of Constitutions: Some Preliminaries”, *Constitutionalism*, Cambridge University Press, 1998, pp. 152-153, *vid.* CRAIG, Paul: “Constituciones...”, pp. 230-232. También Biscaretti se hace eco de la existencia de las dos líneas indicadas: restrictiva (textos constitucionales lacónicos) y extensiva (textos largos y precisos en los que se reproducen los principios esenciales del ordenamiento jurídico-social del Estado, *vid.* BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo: *Derecho...*, p. 255. Pereira Menaut se hace eco de la distinción entre Constitución *thick* (extensiva) y *thin* (restrictiva) recogida por Tushnet en su *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton, Princeton University Press, 1999, pp. 9-14, a partir de la frase de Lincoln en que distingue la “manzana de oro” (los principios de la Declaración de Independencia) del cuadro y pintura de plata (la Unión y la Constitución): “La pintura se hizo para la manzana, no la manzana para la pintura”, *vid.* PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos: “Invitación al estudio de la Constitución de la Unión Europea”, *Revista de Derecho Político*, UNED, nº 53, (2002), pp. 206-207.



reforma constitucional para adaptar la Constitución pacíficamente a las cambiantes condiciones sociales y políticas; y reconocimiento de los derechos individuales y las libertades fundamentales<sup>23</sup>.

Queda así patente una concepción constitucional finalista sustentada en tres pilares (imperio del Derecho, separación de poderes, derechos y libertades), a los que hay que añadir el hoy indispensable principio democrático y el de distribución territorial del poder en los supuestos de comunidades políticas de estructura compuesta. Estos pilares serán los que utilizaremos como pieza angular para determinar si un texto posee o no carácter constitucional<sup>24</sup>, con independencia de que las modernas constituciones (sobre todo, tras la Segunda Guerra Mundial) tuvieran un carácter más extensivo, vinculado en muchas ocasiones a nuevos desafíos y circunstancias con las que tendrían que lidiar los poderes públicos<sup>25</sup>.

En efecto, la tradición del constitucionalismo occidental, a pesar de sus diferencias culturales y políticas, proporciona una base común suficientemente homogénea para el pensamiento constitucional en Europa<sup>26</sup>; base que podríamos situar, al margen de construcciones doctrinales más depuradas, en torno a dos vértices: la definición de Constitución como limitación que se impone al poder y, en relación con ello, la Constitución como fundamento del poder mismo<sup>27</sup>. Es decir, un constitucionalismo entendido como “doctrina política y jurídica según la cual conviene a toda comunidad política poseer un gobierno (en sentido amplio) integralmente constituido y limitado a través del Derecho objetivo y de las libertades individuales”<sup>28</sup>.

En este sentido y aunque no es objeto de este trabajo analizar la evolución del constitucionalismo desde su nacimiento hasta la actualidad, no podemos terminar este apartado sin hacer una referencia, aun de modo telegráfico, a la misma. Así, conforme a

---

<sup>23</sup> Vid. LOEWENSTEIN, Karl: *Teoría...*, pp. 153-154.

<sup>24</sup> No podemos olvidar en todo caso la relevancia de los rasgos procedimentales, que también serán analizados.

<sup>25</sup> Así, podrían regular a mayores otras cuestiones como los principios básicos de la administración, los principios generales del Derecho penal, civil y tributario o las líneas programáticas de la actividad económica y social del Estado; ésta sería la diferenciación entre constituciones restrictivas y extensivas, vid. PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos: *Lecciones...*, p. 36 y pp. 54-55.

<sup>26</sup> Vid. PERNICE, Ingolf - MAYER, Franz C.: “La Costituzione...”, p. 43; en sentido similar vid. GERKRATH, Jörg.: *L’emergence d’un droit constitutionnel pour l’Europe*, Bruselas, ULB, 1997, p. 33.

<sup>27</sup> Vid. PERNICE, Ingolf - MAYER, Franz C.: “La Costituzione...”, pp. 43-44.

<sup>28</sup> NÚÑEZ POBLETE, Manuel: “Una introducción...”, p. 20.

lo expuesto por el profesor Pereira Menaut, podemos distinguir sintéticamente nueve fases: primera, la prehistoria constitucional, situada en la época medieval con el nacimiento de los Parlamentos, el establecimiento de algunos principios (*no taxation without representation*) y la elaboración de algunos textos destacados como la *Carta Magna* de 1215; segunda, el nacimiento de la Constitución en el ámbito anglosajón (Inglaterra en el siglo XVII y los Estados Unidos en el siglo XVIII); tercera, la afirmación de la Constitución con la Revolución Francesa de 1789 y su primera difusión (destacando la Constitución española de 1812); cuarta, la segunda difusión, ligada a las revoluciones europeas de 1830 y 1848 y a la independencia de las colonias americanas de España; quinta, el llamado movimiento constitucionalizador posterior a la Primera Guerra Mundial, apareciendo las primeras constituciones de orientación marxista, las primeras dotadas del Tribunal Constitucional concebido por Kelsen o las primeras que responden a un Estado Social de Derecho (como la Constitución española de 1931); sexta, la universalización de la Constitución después de la Segunda Guerra Mundial, no sólo en Europa sino en todo el mundo como consecuencia de la descolonización, desarrollándose en Europa un tipo de Constitución normativa directa con tribunales constitucionales (o equivalentes) y según los casos, modelos federales o con autonomía regional; séptima, después de la caída del muro de Berlín en 1989 desaparecen los regímenes totalitarios de Europa del Este y se extiende el proceso de modernización constitucional por América Latina y Europa Oriental (y en menor medida por Asia y África); octava, con el cambio de siglo el constitucionalismo supera las fronteras estatales, lo que quedaría de manifiesto con procesos de integración como la Unión Europea o, desde una perspectiva distinta, el Tratado de Libre Comercio, la Organización Mundial del Comercio o el Tribunal Penal Internacional, desembocando en lo que se podría calificar como multiconstitucionalismo; y novena, el constitucionalismo de nuestros días, presidido de un lado por el enfoque europeo (con hegemonía alemana y el Reino Unido situado en un espacio intermedio) caracterizado por el parlamentarismo, los valores, el Estado Social y el Tribunal Constitucional, y de otro de modelo norteamericano, presidencialista y con un federalismo dual<sup>29</sup>.

---

<sup>29</sup> Vid. PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos: *Lecciones...*, pp. 63-67. El parlamentarismo europeo aparece, por tanto, como un modelo que ha servido de ejemplo para otros sistemas constitucionales, pero no se puede obviar que en la actualidad, los Parlamentos no pasan por su mejor momento, sobre todo en el ejercicio de su función legislativa, ya que la gran mayoría de la iniciativa legislativa procedería de los ejecutivos y éstos incluso tendrían una cierta capacidad de legislar (como a través de la figura del Decreto-ley o del Decreto legislativo en España) que cada vez ejercitan con más frecuencia. En lo que respecta a la concreta configuración de las constituciones, y de un modo igualmente sintético, éstas

## B. Posibilidad de Constitución en un marco no estatal. No exigencia ineludible de Estado, poder constituyente o *demos*

Conforme a la tradición constitucional continental heredera de la Revolución francesa y que todavía perdura en parte de la doctrina, se establece una relación estrecha entre los conceptos de Constitución, Estado, poder constituyente y *demos*. Por ello, nuestro planteamiento consistirá en exponer en las siguientes páginas que, si bien esta vinculación existe en la mayor parte de las constituciones, no necesariamente se produce una relación causa-efecto, abogando por la posibilidad de que pueda existir una Constitución fuera del marco estatal, sin un acto extraordinario de un poder constituyente entendido en su sentido originario, o incluso sin un *demos* o población que represente a una identidad común preexistente.

### 1. La relación Constitución-Estado

La Unión Europea no se creó bajo una forma estatal, ni tampoco hoy en día se podría calificar como un Estado, lo que a nuestro juicio no implica que la tradicional vinculación Constitución-Estado sea condición *sine qua non* para que pueda existir realidad constitucional en el seno de la Unión. Dicho esto en términos absolutos y sin matices, la afirmación sería fácilmente rebatible: hemos visto que en el constitucionalismo de raíz europea-continental la teoría constitucional se refiere a los estados y no se puede negar que ésta es la tradición jurídica-constitucional dominante en España, Portugal y en los estados iberoamericanos<sup>30</sup>; por el contrario, el modelo que proponemos en estas páginas bebe en parte del constitucionalismo anglosajón, conjuntamente con un nuevo enfoque metaestatal más cercano a la sociedad postmoderna en la que nos encontramos y que, sin duda, casa mejor con realidades como la Unión Europea.

---

podrían ser escritas o no (éste sería, en parte, el caso del Reino Unido); rígidas o flexibles, según el procedimiento que tengan para su reforma; cerradas (conforme a la tradición europea continental) o abiertas (como la Canadá de 1982 que permite incorporar otras fuentes constitucionales distintas a la propia Constitución); normativas, nominales y semánticas según su adecuación a la realidad, conforme al criterio establecido por el profesor Loewenstein; normativas o programáticas, según sus disposiciones sean o no aplicables; ideológicas o utilitarias, según recojan o no en su texto menciones a una concreta ideología; positivas o negativas, en función de si incorporan disposiciones de hacer (como en el modelo europeo continental) o de no hacer (caso de los Estados Unidos); y finalmente, largas o cortas, dependiendo de las materias que regulen y, por tanto, de su extensión, *ibidem*, pp. 29-36.

<sup>30</sup> Es lo que Gomes Canotilho denomina como “*indisfarçável contradição*”: puesto que la Unión Europea no es un Estado carecería de una Constitución propia, *vid.* GOMES CANOTILHO, José Joaquim: *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Almedina, 2002, p. 1538.

Llegados a este punto, y una vez que ya hemos expuesto lo que para nosotros implica la noción de Constitución, procede examinar ahora, aunque sea sintéticamente, el concepto de Estado, pues será esencial para entender la configuración de uno de los modelos constitucionales descritos (el de raíz continental) y estará en el núcleo del debate de aquéllos que niegan dimensión constitucional a la Unión Europea porque la analizan conforme a los parámetros del constitucionalismo continental estatista. Del mismo modo que ocurría con la conceptualización de la Constitución, la definición del Estado admite una pluralidad de puntos de vista, al confluir ciencia, historia e ideología, y la propia diversidad de procesos estatales en el mundo a lo largo de cinco siglos<sup>31</sup>.

El origen del Estado se sitúa, según expone Heller, en las ciudades repúblicas de la península italiana durante el Renacimiento para designar “una cosa totalmente nueva porque [...] las poliarquías, que hasta entonces tenían un carácter impreciso en lo territorial y cuya coherencia era floja e intermitente, se convierten en unidades de poder continuas y reciamente organizadas, con un solo ejército que era, además permanente, una única y competente jerarquía de funcionarios y un orden jurídico unitario, imponiendo además a lo súbditos el deber de obediencia con carácter general”<sup>32</sup>.

Por tanto, el Estado nace como una forma de concentración de poder político que encontrará su fundamentación teórica en el concepto de soberanía emanado de Jean Bodin en el siglo XVI<sup>33</sup> y continuado por Hobbes<sup>34</sup>, conforme al cual “la soberanía correspondía al rey que así devenía en *legibus solutus*, esto es, quedaba por encima del Derecho y de la ley”<sup>35</sup>. De esta forma, el Estado surge vinculado a la noción de soberanía<sup>36</sup>, tanto en su vertiente interna como externa<sup>37</sup>, y a la idea de territorialidad,

<sup>31</sup> Vid. TORRES DEL MORAL, Antonio: *Estado de Derecho y Democracia de Partidos*, Madrid, Universidad Complutense, 2010, p. 30.

<sup>32</sup> HELLER, Hermann: *Teoría del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1987, p. 145.

<sup>33</sup> Vid. BODIN, Jean: *Los seis libros de la República*, Madrid, Tecnos, 2006.

<sup>34</sup> Vid. HOBBS, Thomas: *Leviatán o la materia, forma y poder de una república, eclesiástica y civil*, México, Fondo de Cultura Económica, 2006.

<sup>35</sup> CANCELA OUTEDA, Celso: *El proceso de...*, p. 40.

<sup>36</sup> Para Pereira Menaut esta sería la acepción correcta de soberanía que entiende como “potencia absoluta y perpetua bodiniana y hobbesiana; poder absoluto, ilimitado, indivisible, inapelable, incontrolable, independiente *ad extra* y supremo *ad intra*”, pudiendo desplazarse del monarca absoluto al pueblo, a un órgano a tres o al Estado en abstracto “pero mientras siga teniendo aquellas características, que no excluyen cierta crudeza si llega el caso, seguirá siendo soberanía”, PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos: “Después de la soberanía”, *Revista de Derecho Político*, UNED, nº 50, (2001), p. 62. No obstante, el mismo profesor apunta que existen otras acepciones menos adecuadas para definir la soberanía, bien sea

de modo que “el poder político es ejercido sobre todos aquellos que estén en un territorio delimitado, a quienes se les reclama obediencia y lealtad en exclusiva, sin atender a ninguna otra clase de situación personal”<sup>38</sup>.

En este sentido, Max Weber definía al Estado moderno como una “asociación de dominación con carácter institucional que ha tratado, con éxito, de monopolizar dentro de un territorio la violencia física legítima como medio de dominación”<sup>39</sup>. Con una orientación similar, Pereira Menaut considera que “entendemos por estado la organización racional del poder, en régimen de monopolio, en un territorio determinado, siendo sus elementos más característicos la soberanía en el ámbito ideal, la burocracia en el organizativo y el territorio en el material”<sup>40</sup>. De hecho, para Carré de Malberg “lo que distingue al Estado de cualquier otra agrupación es la potestad de que se halla dotado. Esta potestad, que sólo él puede *poseer* [...] lleva [...] el nombre de soberanía”<sup>41</sup>. El propio Kelsen reconocía que “el Estado no es susceptible de limitación [...]. Cuando el Estado limita su validez en alguna dirección no implica esto una «obligación» por su parte”<sup>42</sup>.

Así las cosas, Constitución y Estado tienen orígenes y presupuestos muy diferentes: la Constitución tiene una raíz liberal de freno al poder, mientras que el origen del Estado se sustenta, por el contrario, en su máxima concentración<sup>43</sup>, primero

---

entendida como titularidad originaria (alejándose, por tanto, del poder absoluto), como competencia plena o exclusiva para hacer algo, o como un tipo especial de competencia (la competencia sobre la competencia) que posee aquél que puede decidir de quién son las competencias en discusión, *vid. ibidem*, pp. 62-65.

<sup>37</sup> La dimensión interna de la soberanía implicaría que el Estado es supremo en las relaciones que mantenga con otras entidades radicadas en su territorio que estarían basadas en los criterios de jerarquía y subordinación, disfrutando además de una competencia universal para actuar. La dimensión externa supondría relaciones de igualdad en el seno de la comunidad internacional, sin admitir injerencias en sus asuntos internos por parte de ningún otro poder. Manifestaciones concretas de esta soberanía serían la emisión de moneda, el ejército, las relaciones exteriores o la creación y aplicación del Derecho, *vid. CANCELA OUTEDA, Celso: El proceso de...*, pp. 41-42.

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 39.

<sup>39</sup> WEBER, Max: *El político y el científico*, Madrid, Alianza, 1979, p. 92.

<sup>40</sup> PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos: “Después...”, p. 60.

<sup>41</sup> CARRÉ DE MALBERG, Raymond: *Teoría General del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 27.

<sup>42</sup> Este autor llegaba incluso a afirmar que “[...] radica completamente en el ámbito del poder jurídico del Estado el vincular de tal modo al hombre, que no le quede una partícula de libertad”, KELSEN, Hans: *Teoría General del Estado*, Granada, Comares, 2002, p. 179.

<sup>43</sup> En esta tesis doctoral incidimos en aquellos ámbitos de la Teoría del Estado que pueden tener mayor conexión con la Teoría Constitucional. Por consiguiente, excede el ámbito de este trabajo efectuar un análisis pormenorizado de la Teoría del Estado, para lo cual resulta conveniente acudir a sus fundadores

con una concepción absolutista y posteriormente, tras la Revolución francesa, con una dimensión democrática<sup>44</sup>.

Por consiguiente, el concepto de Estado “no coincide con la idea de comunidad política. Tampoco coincide con el concepto de Constitución —freno al poder, sumisión del poder al Derecho, derechos innatos— e incluso, en cierta medida se le opone. Por lo mismo, Constitución y soberanía son diferentes y en algunos aspectos antitéticas”<sup>45</sup>. Es decir, “mientras que el constitucionalismo bebe de la dignidad humana, los derechos, la libertad, la limitación y dispersión del poder y del Derecho, el estatismo lo hace de la soberanía, del territorialismo, de la organización y concentración del poder y del monismo político y jurídico”<sup>46</sup>. En este sentido Friedrich, refiriéndose a Gran Bretaña considera que “la idea del constitucionalismo moderno se desarrolló como antítesis del concepto de «Estado» en el curso de las luchas revolucionarias del siglo XVII [...], (de ahí que) en sus diversas modalidades el absolutismo tiende siempre a la concentración del poder, mientras que el constitucionalismo tiende a un ejercicio dividido de ese poder”<sup>47</sup>.

El propio Díez-Picazo entiende que “no es cierto que, en el pensamiento jurídico-político, la idea de constitución esté absolutamente reservada al fenómeno estatal”<sup>48</sup>, ya que lo contrario implicaría repudiar formas políticas anteriores a la aparición del Estado moderno en los siglos XVI y XVII<sup>49</sup> y, sobre todo, obligaría a desterrar la idea de Constitución si el Estado, tal como se ha conocido hasta ahora, desapareciera para dar paso a otras formas políticas<sup>50</sup>.

---

en sentido moderno, *vid.* LABAND, Paul: *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, Tubinga, Scientia, 1964, o JELLINEK, Georg: *Allgemeine Staatslehre*, Berlín, Häring, 1914.

<sup>44</sup> *Vid.* NAEF, Werner: *La idea del Estado en la Edad Moderna*, Madrid, Nueva Época, 1947, p. 17.

<sup>45</sup> PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos: “Después...”, p. 60. Esta concepción deriva de poner el acento en el poder y en el Derecho, en lo que Torres del Moral denomina como enfoque institucional; enfoque que no sería incompatible con una dimensión más comunitaria sobre la base de la población y el territorio, *Vid.* TORRES DEL MORAL, Antonio: *Estado de Derecho...*, pp. 30-31.

<sup>46</sup> CANCELA OUTEDA, Celso: *El proceso de...*, p. 232.

<sup>47</sup> FRIEDRICH, Carl J.: *Gobierno constitucional y democracia. Teoría y práctica en Europa y América*, vol. I, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1975, pp. 56-57.

<sup>48</sup> Díez-PICAZO GIMÉNEZ, Luis María: *Constitucionalismo de la Unión Europea*, Madrid, Civitas, 2002, p. 85.

<sup>49</sup> Díez-Picazo menciona algunos ejemplos como la “Constitución de Atenas”, la “Constitución romana” o la “Constitución de Venecia”, *vid. ibidem*.

<sup>50</sup> *Vid. ibidem*.

El marco estatista, sustentado en una idea de Constitución emanada de un inequívoco poder constituyente ha tenido amplia aceptación en el constitucionalismo europeo-continental, pero no sirve, a nuestro juicio, para argumentar si la Unión Europea posee caracteres materialmente constitucionales y, ni siquiera, aparece como condición *sine qua non* de las constituciones de algunos estados (como el Reino Unido), ya que como refleja el profesor Cancela Outeda, si el constitucionalismo se sustenta en la libertad y el freno al poder, “no es pues condición indispensable que una comunidad política se organice según los presupuestos estatales para que pueda existir una constitución”<sup>51</sup>.

En base a lo anterior, podemos concluir que Estado y Constitución no tienen necesariamente que transcurrir de modo paralelo; en efecto, de un análisis libre de prejuicios de los elementos esenciales que ha de tener una Constitución, ésta sería “distinta e incluso ajena a la idea de Estado”<sup>52</sup>. De hecho, el ejemplo europeo permite disociar el matrimonio tradicional, al menos en la concepción continental, entre Constitución y Estado, tanto por una razón histórica, ya que “el constitucionalismo nace precisamente en una comunidad de naciones, el Reino Unido, que no asumió (ni ha asumido) las formas estatales propias del continente”<sup>53</sup>, como por una razón contingente, puesto que, como estudiaremos “la Unión no es un Estado y sin embargo posee una Constitución”<sup>54</sup>.

Además, como nuestro enfoque es marcadamente finalista, parte de la premisa de que los objetivos de ambas concepciones constitucionales (continental y anglosajona) pueden ser compatibles y su evolución a lo largo de los dos últimos siglos ha permitido que alcanzaran puntos de encuentro partiendo de lugares diferentes: la lucha contra el absolutismo, la necesidad de garantizar derechos a los ciudadanos o la idea de seguridad jurídica son rasgos que pueden encontrarse en ambos modelos desde sus orígenes.

---

<sup>51</sup> CANCELA OUTEDA, Celso: *El proceso de...*, p. 232.

<sup>52</sup> PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos: *Lecciones...*, p. 25.

<sup>53</sup> NÚÑEZ POBLETE, Manuel: “Una introducción...”, p. 32.

<sup>54</sup> *Ibidem*. Como afirman los profesores Pereira Menaut y Cancela Outeda, para aprehender el proceso constitucional de la Unión Europea, hemos de separar estos dos conceptos, opuestos en origen y que caminan prácticamente unidos desde la Revolución Francesa. El problema estriba en que por influjo del constitucionalismo europeo continental casi no concebimos un Estado sin Constitución o una Constitución sin Estado, *vid.* PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos: *Lecciones...*, pp. 25-27; *vid.* CANCELA OUTEDA, Celso: *El proceso de...*, p. 231.

## 2. La relación Constitución-poder constituyente-*demos*

Cuando hablamos de poder constituyente, existe la tentación de pensar de forma instintiva en el famoso juramento del *Jeau de Paume* de 20 de junio de 1789, verdadero punto de partida de la Revolución Francesa, en el que, como dice Goring, los representantes del tercer estado se declararon a sí mismos representantes de la Nación, creando la Nación misma<sup>55</sup>.

Este poder fue ya esbozado por Locke, si bien su formulación más acabada se debe al abate francés Emmanuel Sieyès, cuyos planteamientos doctrinales tendrían amplio eco en el curso del período revolucionario que sacudió la Francia de finales del siglo XVIII.

En líneas generales, el poder constituyente sería un poder especial y distinto a los otros poderes constituidos (legislativo, ejecutivo y judicial), encargado de elaborar la Constitución y, en su caso, reformarla<sup>56</sup>; en sentido puro, el poder constituyente supone la no existencia previa de ninguna otra fuente constitucional y esa naturaleza especial hace que su ejercicio haya de ser ejercitado por medio de representantes extraordinarios que tendrían como única finalidad la elaboración de la Constitución. La posterior evolución de los hechos haría que este planteamiento se extendiera al pensamiento jurídico constitucional de raíz europea-continental<sup>57</sup>.

No obstante, si admitimos que para poder hablar de una Constitución es necesario el ejercicio de un poder constituyente al estilo del juramento del *Jeau de Paume*, no serían pocas las constituciones así denominadas que no cumplirían este requisito. En esta línea, autores como Pereira Menaut consideran que el ejercicio clásico del poder constituyente no es necesario para dar lugar a una Constitución, al menos en el sentido institucional asociado tradicionalmente al *pouvoir constituant*; para ello exponen algunos supuestos de constituciones que no brotaron de un poder constituyente clásico: “la norteamericana nació como lo que hoy sería más bien un

---

<sup>55</sup> GORING, Randi: “Requirements...”, p. 4.

<sup>56</sup> No corresponde entrar aquí en la distinción entre el poder constituyente originario y el poder constituyente constituido, consistente en el ejercicio de la reforma constitucional conforme al cauce procedimental previsto en la misma.

<sup>57</sup> Vid. SIEYÈS, Emmanuel: *¿Qué es el Estado llano?*, Madrid, 1950, pp. 149-156.



tratado internacional; la canadiense y la australiana, como normas dictadas por el poder legislativo británico, la alemana, como algo semejante a una carta fundamental sugerida, supervisada y otorgada por las potencias de ocupación”<sup>58</sup>. El ejemplo de la elaboración de la Ley Fundamental de Bonn en la Alemania inmediatamente posterior a la Segunda Guerra Mundial resulta especialmente elocuente: el Secretario de Estado norteamericano, Acheson, remite una misiva al entonces Presidente del Consejo Parlamentario, Konrad Adenauer, en la que le comunica que la Ley Fundamental está siendo estudiada en detalle, y que las condiciones de aprobación serán comunicadas por los gobernadores militares después de que la necesaria revisión se haya completado<sup>59</sup>.

De nuevo, el ejemplo europeo permite disociar la clásica vinculación continental entre la idea de Constitución y poder constituyente, puesto que “[...] la Unión Europea parece demostrar que es posible legitimar sus credenciales constitucionales a través de canales distintos a esa venerable teoría”<sup>60</sup>, ya que “[...] el proceso de constitucionalización europeo carece del dramatismo propio de los eventos de 1789 –en cuyo contexto fueron publicadas las ideas contenidas en *¿Qué es el Tercer Estado?* de Sieyès– y encuentra su legitimación en procesos más complejos derivados de la asociación de gobiernos dotados de sus propias constituciones”<sup>61</sup>. Es decir, “[...] el pluralismo constitucional no puede legitimarse en función de las nociones propias del monismo”<sup>62</sup> y ese pluralismo, en el que las fuentes de producción y decisión jurídicas están dispersas y en el que el Estado pierde gran parte de su poder sobre el Derecho,

<sup>58</sup> PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos - LÓPEZ ÁLVAREZ, Luis Felipe - LÓPEZ MIRA, Álvaro - MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio: *Temas de Derecho Constitucional Español. Una visión problemática*, Santiago de Compostela, Follas Novas, 1996, p. 28. Significativo es el dictamen del Tribunal Supremo canadiense con objeto de la “repatriación” de la Constitución, ya que “es la negación de que la constitución sea obra en exclusiva de un único poder constituyente o, mejor dicho, de un poder que está concentrado en un sola mano; existe una pluralidad de fuentes constituyentes”, *vid.* CANCELA OUTEDA, Celso: *Hacia una Constitución Europea* (tesis doctoral), Santiago de Compostela, 2000, p. 120.

<sup>59</sup> *Vid.* “Statement by Secretary Acheson on May 11, 1949”, *Documents on the Foundation of the Federal Republic of Germany in 1949, Germany: The Story in Documents, 1947-1949*, Department of State, 1950, p. 279.

<sup>60</sup> NÚÑEZ POBLETE, Manuel: “Una introducción...”, p. 32.

<sup>61</sup> *Ibidem.* En sentido contrario, *vid.* DE VEGA, Pedro: “Mundialización y Derecho Constitucional: La crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 100, (1998), p. 52.

<sup>62</sup> NÚÑEZ POBLETE, Manuel: “Una introducción...”, p. 33. En el mismo sentido, Weber apunta que el poder constituyente puede ser apropiado como forma de legitimación unilateral de las constituciones estatales, pero no sirve para captar la complejidad de las agrupaciones supranacionales, *vid.* WEBER, Albrecht: “La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 64, (2002), p. 97.

sirve mejor para entender no sólo un fenómeno como la Unión Europea, sino también la diversidad del universo jurídico global<sup>63</sup>.

Llegados a este punto, parte de la doctrina sostenía que la Unión Europea no podía dotarse en puridad de Constitución porque no existía un pueblo (*demos*, *Volk*) o identidad europea capaz de otorgarse la *Carta Magna*<sup>64</sup>. El profesor Grimm se convirtió en el principal exponente de la tesis por la que no sería posible una Constitución Europea mientras no se consiguiera una identidad y un *demos* común. Dicho autor sostenía que las constituciones deben referirse a un acto del pueblo o atribuido a éste, a través del que se concede a sí mismo capacidad política; por el contrario, esto no sucedía en los Tratados constitutivos, ya que la voluntad seguía estando en manos de los estados y no en un pueblo europeo que, además, no existía como tal identidad. En suma, para Grimm, la Constitución democrática iría unida al ámbito nacional, con lo que una Constitución Europea implicaría una estatalización de la Unión<sup>65</sup>.

Esta argumentación de Grimm fue rebatida, entre otros, por Habermas y Craig. Para el pensador alemán “el autoentendimiento ético-político de los ciudadanos en una comunidad democrática no debe ser tomado como un a priori histórico-cultural que hace posible la formación de voluntad democrática [...]”<sup>66</sup>, puesto que “las instituciones políticas que habrían de crear una Constitución Europea tendrían un efecto inductor. Europa se ha estado integrando económica, social y administrativamente durante algún tiempo y además puede basarse en un trasfondo cultural común y la experiencia histórica de haber superado felizmente el nacionalismo”<sup>67</sup>. Por lo que se refiere a Craig, afirmaba que “el origen de las constituciones puede remontarse a un acto del pueblo, pero no está claro por qué haya de ser un prerequisite normativo necesario de una verdadera Constitución, sobre todo una que se pueda adoptar a escala

<sup>63</sup> Vid. TEUBNER, Gunther: *Global Law Without a State*, Aldershot, Dartmouth, 1997, p. 4.

<sup>64</sup> Autores como Ralph Dahrendorf o Joseph Weiler aludían a que una Constitución Europea presupondría una identidad común todavía ausente en la Unión, donde continúan primando las lealtades nacionales individuales, vid. AMATO, Giuliano: “El futuro de Europa”, *El País*, 24 de noviembre de 2002, p. 15; igualmente, la falta de “una identidad suficientemente homogénea y solidaria para servir de osamenta y musculatura a la epidermis constitucional” era uno de los factores esenciales que llevaban a Herrero de Miñón a considerar como dudoso que la Unión estuviera madura para dotarse de una verdadera Constitución, por lo que, de elaborarse, sería una “Constitución epicena”, de género ambiguo, HERRERO DE MIÑÓN, Miguel: “La bicicleta apócrifa”, *El País*, 24 de noviembre de 2002, p. 15.

<sup>65</sup> Vid. GRIMM, Dieter: “¿Necesita Europa una Constitución?”, *Debats*, nº 55, (1996), pp. 8-15.

<sup>66</sup> HABERMAS, Jürgen: “Observaciones a “¿Necesita Europa una Constitución?”, *Debats*, nº 55, (1996), p. 24.

<sup>67</sup> *Ibidem*.

supranacional”<sup>68</sup> y “no existe razón alguna por la que una Constitución tal debería llevar inevitablemente a un Estado europeo”<sup>69</sup>; finalmente, este autor consideraba que “la afirmación de que una identidad europea no existe es discutible”<sup>70</sup>, ya que el proceso a escala europea puede ayudar a desarrollar dicha identidad.

En parecido sentido, Estrella de Noriega argumentaba que “es verosímil afirmar que es la Constitución la que hace al *demos*, y no el *demos* el que hace a la Constitución. Desde este punto de vista, la inexistencia de un *demos* europeo no sería una barrera infranqueable para dictar una Constitución Europea”<sup>71</sup>. Análogamente, para Díez-Picazo “la afirmación de que el proceso de integración europea encuentra su límite último en la ausencia de una previa realidad nacional homogénea resulta escasamente convincente. A menudo son las estructuras políticas las que crean los vínculos de cohesión y solidaridad de grupo, y no al revés. Y ni que decir tiene que ello podría ocurrir también -tal vez esté ya ocurriendo- en el caso de la Unión Europea”<sup>72</sup>. Por su parte, Pereira Menaut consideraba que “no hay relación necesaria entre «pueblo» y «constitución» [...] ni necesariamente hemos de aspirar a que exista, un «pueblo de la UE», ni es condición *sine qua non* para la existencia de una constitución”<sup>73</sup>, de forma que “pretender que porque haxa unha comunidade política teña que haber pobo, é un reflexo estatista”<sup>74</sup>.

Todo lo anterior lleva a situarnos entre aquéllos que, aún reconociendo que la Unión Europea no es un Estado y que es cuestionable hablar de un verdadero pueblo europeo, aceptan como posible la existencia, y no puramente retórica, de una

<sup>68</sup> CRAIG, Paul: “Constituciones...”, p. 246.

<sup>69</sup> *Ibidem*, p. 248.

<sup>70</sup> *Ibidem*.

<sup>71</sup> ESTRELLA DE NORIEGA, Antonio: “Por qué Europa necesita una Constitución”, *El País*, 22 de junio de 2002, p. 13.

<sup>72</sup> Díez-PICAZO GIMÉNEZ, Luis María: *Constitucionalismo...*, pp. 76-77.

<sup>73</sup> PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos: “Crecer en constitucionalismo sin crecer en estatismo”, *Temas de Integração*, nº 12-13, (2001-2002), pp. 108-109. Este autor argumentaba que una comunidad política sustentada en la idea de pueblo (sea en sentido étnico, histórico, cultural o religioso, o todos ellos juntos) necesitará una Constitución, pero también una comunidad política multiétnica, sin nada en común, siempre que pretenda controlar el poder y garantizar los derechos (el *rule of law*), necesitará igualmente una Constitución.

<sup>74</sup> Este profesor pone algunos ejemplos de ello, como que “os pasaportes canadianos dicían durante decenios que «un súbdito canadiano é un súbdito británico» sen que iso dera lugar a un só pobo. Ingleses e irlandeses, mentres formaban o Reino Unido da Gran Bretaña e Irlanda, non constituían un único pobo. A formación dun pobo para cada estado foi un aspecto do proceso da construción dos estados-nación a partir da Revolución Francesa; por exemplo, non había «pobo español» antes das Cortes de Cádiz”, PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos: “¿Outro modelo...”, p. 185.

Constitución Europea. Ello no obsta a que haya que tener en cuenta “todas las originalidades derivadas de la circunstancia de ser una Constitución sin Estado”<sup>75</sup>, pero Constitución al fin y al cabo.

Por eso creemos, como ya hemos apuntado, que en el examen constitucional de la Unión es oportuno partir de una concepción pluralista de Constitución que asuma la coexistencia de una diversidad de perspectivas legales, cada una afirmando su propia autonomía, su propia fuente de legitimidad y su propio conjunto de valores y principios<sup>76</sup>.

### III. CARACTERÍSTICAS DE LA CONSTITUCIÓN MATERIAL EUROPEA ANTERIOR AL TRATADO DE LISBOA

Anteriormente hemos visto la posibilidad de que exista Constitución en un marco no estatal. Con todo, y aunque cada vez es mayor el número de autores que aceptan este principio, parte de la doctrina todavía era reacia a reconocer dicha posibilidad incluso cuando en los inicios del siglo XXI los propios estados de la Unión se mostraban, como veremos en el Capítulo Segundo, dispuestos a aceptarla.

Por ello, de cara al análisis de la dimensión constitucional de la Unión Europea, con el marco derivado del Tratado de Niza y antes de que diera comienzo un complejo proceso tendente a su constitucionalización formal, Canela Outeda situaba el debate en los siguientes términos<sup>77</sup>: por un lado estarían aquéllos que niegan la existencia de la Constitución Europea, sustentando sus argumentos ya sea en la falta de un Estado o pueblo europeo, en su carácter incompleto o en el déficit democrático de los Tratados<sup>78</sup>.

<sup>75</sup> CHITI, Mario P.: “¿Delimitación o reparto de competencias entre Unión Europea y Estados miembros?”, en García de Enterría (director), *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, Madrid, Civitas, 2002, p. 78.

<sup>76</sup> Vid. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE - PERNICE, Ingolf: “European Union Law and National Constitutions”, Informe General presentado al XX Congreso de la FIDE, Londres, 2002, ([www.fide2002.org](http://www.fide2002.org)), p. 7. De hecho, este informe revela que el paso de una concepción constitucional estatista a una pluralista se abre camino en estados europeos de tradición continental, como Italia o Alemania, *vid. ibidem*.

<sup>77</sup> Vid. CANCELA OUTEDA, Celso: *El proceso de...*, pp. 243-279. De esta división se hace también eco Brunell, quien en último extremo afirma que “today, legal scholars and judges conceptualize the EC as a constitutional polity”, BRUNELL, Thomas: “Constructing a supranational Constitution”, *The Judicial Construction of Europe*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 65.

<sup>78</sup> En este sentido, resultaba toda una declaración de intenciones la expresión de Kirchhof “allá donde no hay Estado, no hay Constitución y donde no hay un pueblo, no hay Estado”, KIRCHHOF, Paul: “Bildung und Beschäftigung in der Europäischen Union”, *EU-Nachrichten*, nº 18/19, (1994), p. 3. Pueden

Por otro lado estarían los autores que consideran que existe una Constitución de la Unión, si bien este grupo se divide a su vez entre los que consideran que la Constitución ya tendría incluso carácter formal, identificándola con los Tratados<sup>79</sup>, y los que creen que, si bien es posible hablar de la Constitución Europea en sentido material, no consideran posible identificar por sí solos los Tratados como esa Constitución<sup>80</sup>.

Ahora bien, ¿qué significa el concepto de Constitución material?<sup>81</sup> Con esta expresión hacemos referencia “al conjunto de normas, estén o no codificadas, sentencias, principios, convenciones, usos y costumbres que apuntan a la referida limitación (del poder). Generalmente, ese conjunto versa sobre la protección de los derechos y libertades, el imperio del Derecho y la separación de poderes y la participación democrática. Además, cuando en una comunidad política existe algún tipo de distribución territorial del poder, los anteriores elementos estarán completados con normas y principios relativos a la división competencial, a la resolución de conflictos, etc.”<sup>82</sup>.

---

recordarse aquí los planteamientos expuestos en el epígrafe anterior, especialmente los del profesor Grimm.

<sup>79</sup> Especial relevancia tiene la temprana afirmación hecha por Bernhardt según la que “la Constitución [...] designará [...] normas obligatorias para todos los Estados miembros, sobre las que éstos no tienen ningún poder, y que se encuentran principalmente en los Tratados comunitarios [...]”, BERNHARDT, Rudolf: “Las fuentes del derecho comunitario: la «constitución de la Comunidad», *Treinta años de Derecho comunitario*, Luxemburgo, Oficina de Publicaciones Oficiales de la Comunidad Europea, 1981, p. 73. En parecido sentido, Pérez Royo apunta que “aunque no se trata de una Constitución en el sentido exacto que tiene este término en el Derecho interno del Estado [...] es evidente que los Tratados [...] se asemejan en los resultados que han producido, mucho más a la Constitución *stricto sensu* que a los demás Tratados que existen en el ordenamiento internacional. Y es desde este punto de vista desde el que se considera hoy, de forma general, los Tratados básicos de las Comunidades Europeas [entiéndase hoy como Unión Europea] como la «Constitución Comunitaria»”, PÉREZ ROYO, Javier: *Las fuentes del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1988, p. 159. Concepción opuesta sería la de Ruipérez, quien rechaza la equiparación entre Tratados comunitarios y Constitución, refutando la tesis de Bernhardt a la que considera puramente normativista; para este autor, no es posible un concepto neutro de Constitución, por lo que advierte que los Tratados no pueden ser considerados una verdadera Constitución por incumplir el principio democrático (no establecidos ni sancionados por el propio pueblo) y no estar vinculado su contenido con el orden democrático liberal, *vid.* RUIPÉREZ ALAMILLO, Javier: “La «Constitución Europea» y la teoría del poder constituyente”, en Corcuera Atienza *et alii*, *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Madrid, Dykinson, 2002, pp. 499-500. No obstante, Ruipérez parte no sólo de la base de que resulta imposible equiparar Tratados y Constitución, sino que responde negativamente en relación con la existencia de una verdadera Constitución de la Unión/Comunidad Europea; y para ello apunta que esta Constitución Europea no es posible al no cumplir, entre otros aspectos, con el concepto kelseniano de *Grundnorm* (como fundamento último de la construcción del ordenamiento jurídico), puesto que la legitimidad de la Unión deriva, en último caso, de los estados, *vid. ibidem*, pp. 503-505.

<sup>80</sup> En esta línea, Cancela Outeda apunta que la identificación de los Tratados como Constitución se basaría en una concepción organicista; además, no todo el contenido de los Tratados tendría relevancia constitucional, *vid.* CANCELA OUTEDA, Celso: *El proceso de...*, pp. 265-268.

<sup>81</sup> *Vid.* MORTATI, Constantino: *La Costituzione in senso materiale*, Milan, Giuffrè, 1940.

<sup>82</sup> CANCELA OUTEDA, Celso: *El proceso de...*, p. 150.

Este concepto material abarcaría, por tanto, el núcleo duro de la Constitución, incluyendo tanto la parte dogmática (derechos) como la orgánica (regulación de los poderes), adquiriendo un sentido más amplio que el concepto formal de Constitución, circunscrito al “documento (o documentos) legal que recoge todo lo dicho, pero al que no se puede atribuir valor más que si se observa en la realidad en un grado mínimamente razonable”<sup>83</sup>.

Además, el criterio formal de Constitución se ha visto desbordado, pues fuera de él existen normas referidas a la limitación del poder y a la garantía de derechos consideradas como tales por los órganos detentadores del control de constitucionalidad en lo que se conoce como “bloque de constitucionalidad” y, por el contrario, los textos formalizados de las constituciones, también contienen determinadas disposiciones de escaso o nulo valor constitucional<sup>84</sup>. De ahí la importancia que otorgamos al sentido material de Constitución, pues como manifestara Loewenstein “una constitución escrita no funciona por sí misma una vez que haya sido adoptada por el pueblo, sino que una constitución es lo que los detentadores y destinatarios del poder hacen de ella en la práctica”<sup>85</sup>.

Visto lo anterior, a nuestro juicio, la Unión Europea puede considerarse como un orden jurídico constitucional dotado de una verdadera Constitución material. Sin intención de hacer un estudio exhaustivo, trataremos de ver sintéticamente dónde se encontraba y cuáles eran sus principales rasgos situando como horizonte temporal de referencia el inicio del siglo XXI, marcado a efectos de la Unión por una agenda marcadamente constitucional que abordaremos con detenimiento en el Capítulo Segundo<sup>86</sup>.

---

<sup>83</sup> PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos: *Lecciones...*, p. 20. Por ello, dicho autor apunta que “este sentido formal importa, pero no demasiado”, *ibidem*.

<sup>84</sup> *Vid.* CANCELA OUTEDA, Celso: *Hacia...*, p. 121.

<sup>85</sup> LOEWENSTEIN, Karl: *Teoría...*, p. 217. Esta consideración correspondería a la clasificación ontológica que hace este autor de las constituciones en función de la correspondencia entre lo proclamado en el texto constitucional y lo que sucede realmente, distinguiendo entre normativas, nominales y semánticas, *vid.* pp. 216-222.

<sup>86</sup> Entre la amplia bibliografía anterior a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa que se ha desarrollado en relación con el constitucionalismo material europeo, podemos destacar tres estudios panorámicos que responden a otras tantas tradiciones constitucionales: Alemania, Bélgica y Reino Unido, *vid.* VON BOGDANDY, Armin - BAST, Jürgen (editores): *Principles of European Constitutional Law*, Oxford, Hart Publishing, 2007, LENAERTS, Koen - VAN NUFFEL, Piet: *Constitutional Law of the European Union*, Londres, Thomsom, 2005, y DOUGLAS-SCOTT, Sionaidh: *Constitutional Law of the European Union*, Pearson, 2002.

## A. La evolución constitucional emanada de los Tratados y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

Para Craig<sup>87</sup> la Unión Europea se configura como un orden jurídico constitucional, superando la configuración inicial de las Comunidades como ordenamiento iusinternacionalista. Esta situación, que él denomina como la “tesis de la transformación”<sup>88</sup> se sustentaría en tres pilares: los Tratados, la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo y la propia terminología utilizada por éste.

### 1. Los Tratados

Antes de proseguir, conviene aclarar que bajo la genérica denominación de los Tratados (o Tratados comunitarios) nos referimos al Tratado de la Unión Europea, al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (nueva denominación dada por el Tratado de Lisboa al Tratado de la Comunidad Europea, a su vez antiguo Tratado de la Comunidad Económica Europea) y al Tratado de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, en sus versiones consolidadas emanadas de las diversas modificaciones introducidas en sus sucesivas reformas (a través de distintos Tratados a los que nos referiremos en las próximas líneas), siendo la última la producida por el Tratado de Lisboa, en vigor desde el 1 de diciembre de 2009<sup>89</sup>. No obstante, la estructura que hemos seguido en esta tesis doctoral nos lleva a analizar en el Capítulo Tercero las modificaciones derivadas del Tratado de Lisboa, por lo que en este apartado (y de modo usual en el Capítulo Primero) las menciones y referencias a los Tratados finalizan en los cambios efectuados por el Tratado de Niza, aprobado en el 2001 y en vigor desde el 1 de febrero de 2003.

---

<sup>87</sup> Vid. CRAIG, Paul: “Constituciones...”, pp. 234-243.

<sup>88</sup> *Ibidem*, p. 234; en sentido similar Aldecoa habla de “tesis de la mutación”, *vid.* ALDECOA LUZÁRRAGA, Francisco: *La integración europea. Análisis histórico-institucional con textos y documentos*, vol. II, (1979-2002), Madrid, Tecnos, 2002, pp. 84; y Brunell de “the transformation of an intergovernmental organization governed by international law into a multi-tiered system of governance founded on higher-law constitutionalism”, BRUNELL, Thomas: “Constructing...”, p. 65, quien define el proceso de constitucionalización de la Comunidad como “the process by which the Rome Treaty evolved from a set of legal arrangements binding upon sovereign states into a vertically integrated legal regime conferring judicially enforceable rights and obligations on legal persons and entities, public and private, within EC territory”.

<sup>89</sup> El Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero también formaría parte de los Tratados comunitarios, siendo además el primero en rubricarse; no obstante, este Tratado tenía una duración de cincuenta años, por lo que expiró en el año 2002.

Los Tratados tendrían características propias de una Constitución: definen los poderes de las distintas instituciones y la forma de legislar, previendo la posibilidad de tomar decisiones por mayoría cualificada y configurando un Parlamento con poder real elegido por la ciudadanía (lo que a su juicio sería una clara diferencia con otros tratados internacionales). Al tiempo, el Tribunal de Luxemburgo poseería la doble facultad de enjuiciar las violaciones del Tratado por los estados y de revisar judicialmente las actuaciones de las instituciones comunitarias. El TCE contendría igualmente derechos similares a los de muchas constituciones nacionales, como los relativos a la ciudadanía o a la prohibición de discriminación por diversas causas, recogidas en los arts. 12, 13 y 141 TCE<sup>90</sup>.

No obstante, conviene advertir que los elementos de constitucionalidad que se podían detectar en los Tratados, son cualitativa y cuantitativamente más importantes en el momento de la aprobación del Tratado de Niza (período temporal tomado como punto de partida de esta tesis doctoral) que en la redacción originaria de los Tratados constitutivos de las Comunidades (CECA, CEE y CEEA). De hecho, cada reforma de los Tratados ha supuesto un incremento de esa constitucionalidad material, lo que también se cumpliría con el Tratado de Lisboa, en lo que bien podría ser un paralelismo con el método funcional recogido en la *Declaración Schuman* conforme al que “Europa no se hará de una vez ni en una obra de conjunto: se hará gracias a realizaciones concretas, que creen en primer lugar una solidaridad de hecho”.

Precisamente, partiendo de la *Declaración Schuman*, rubricada el 9 de mayo de 1950 y sobre la que volveremos más adelante en este Capítulo cuando abordemos el singular modelo federal en la Constitución material de la Unión Europea, se firmaba en París el 18 de abril de 1951 el Tratado por el que se creaba la Comunidad Europea del

---

<sup>90</sup> En este sentido, López Castillo apunta que “parece generalmente aceptado que los Tratados, entendidos en un sentido amplio que integre el conjunto de principios generales del derecho que permiten su interpretación sistemática, constituyen la «Constitución» del ordenamiento jurídico comunitario que a medida que se afirma refuerza, en un proceso en cierto modo circular, su carácter paramétrico, de manera que su efectiva puesta en práctica resultará tanto menos cuestionada cuanto más notoria parezca la aproximación de sus estándares (materiales y procesales) a los que en el marco de sus respectivos órdenes constitucionales vengán desarrollando sendos órganos jurisdiccionales (y constitucionales) de los Estados miembros”, LÓPEZ CASTILLO, Antonio: *La Constitución de Europa a debate. Estudios sobre el complejo constitucional de la Unión*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, p. 27.



Carbón y del Acero<sup>91</sup>. Teniendo en cuenta las difíciles circunstancias de la época<sup>92</sup>, la CECA suponía un paso políticamente decisivo, pues aunque limitado sectorialmente, implicaba una cesión parcial de soberanía con el fin de establecer un mercado común, con unos objetivos comunes y unas instituciones dotadas de poderes reales, siendo el punto de partida de un proceso de “federalización parcial o funcional” basado en la progresividad y diferenciado de la mera cooperación intergubernamental sustentada en instituciones con poderes consultivos<sup>93</sup>.

Posteriormente, y tras el fracasado intento que supusieron la Comunidad Europea de Defensa y la Comunidad Política Europea<sup>94</sup>, los seis estados fundadores de la CECA firmaron en Roma, el 25 de marzo de 1957, los Tratados constitutivos de la Comunidad Económica Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica<sup>95</sup>, fijándose el objetivo de un mercado común (mucho más ambicioso que una mera zona de libre comercio o una unión aduanera) y la aproximación progresiva de políticas económicas (art. 2 TCEE) para lo cuál se garantizarían las libre circulación de trabajadores y servicios, de mercancías, de establecimiento y de capitales (art. 3 TCEE). Así, la CEE “abarca todos los factores de la producción e inserta en el mercado común las políticas comunes agrícola, de transportes y comercial y la coordinación y complementación con otras políticas (social, fiscal, etc.), así como prevé una acción común para superar dificultades de la balanza de pagos y una política económica común”<sup>96</sup>. Todo ello, a través de un sistema institucional en el que existe una Asamblea “compuesta por representantes de los pueblos de los Estados miembros de la Comunidad” (art. 137 TCEE) formada por “delegados que los Parlamentos habrán de designar de entre sus miembros” (art. 138 TCEE) y un Tribunal de Justicia que

<sup>91</sup> El Tratado, que entró en vigor el 23 de julio de 1952 con una duración de cincuenta años, fue rubricado por Alemania, Francia, Italia y los tres estados del BENELUX (Bélgica, Holanda y Luxemburgo). El Reino Unido, que rechazó inicialmente su incorporación, firmó un acuerdo de asociación en 1954.

<sup>92</sup> Derivadas de la Segunda Guerra Mundial, la ocupación de Alemania y las dificultades para administrar la cuenca del Ruhr.

<sup>93</sup> Vid. MANGAS MARTÍN, Araceli - LIÑÁN NOGUERAS, Diego J.: *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Madrid, Tecnos, 2010, p. 33. Las dos concepciones (federalizante e intergubernamental) emanadas del Congreso de La Haya cristalizarían respectivamente en la CECA (y las posteriores CEE y CEEA) y en el Consejo de Europa, vid. *ibidem*, p. 31.

<sup>94</sup> La Comunidad Europea de Defensa pretendía la creación de un ejército europeo sobre la idea francesa de impedir el rearme alemán, vinculado a una Comunidad Política Europea que, a su vez, absorbería a la CECA. Ambas Comunidades no llegarían nunca a funcionar, al ser rechazada la Comunidad Europea de Defensa por la Asamblea Nacional gala, tal como expondremos en este mismo Capítulo al referirnos al singular modelo federal en la Constitución material de la Unión Europea.

<sup>95</sup> Ambos Tratados entraron en vigor el 1 de enero de 1958.

<sup>96</sup> Vid. MANGAS MARTÍN, Araceli - LIÑÁN NOGUERAS, Diego J.: *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Madrid, McGraw Hill, 1999, p. 10.

“controlará la legalidad de los actos del Consejo y de la Comisión” (art. 173 TCEE) y cuyas sentencias “tendrán fuerza ejecutiva” (art. 187 TCEE)<sup>97</sup>. Puede verse, por tanto, como algunos de estos rasgos serán el armazón sobre el que empezar a construir el edificio constitucional europeo.

En 1965 se firma el conocido como *Tratado de fusión*<sup>98</sup>, por el que se crea un Consejo y una Comisión única para las tres comunidades (la Asamblea y el Tribunal ya venían funcionando así) lo que supone incidir en el carácter general del proyecto de construcción europea, fortaleciendo y clarificando su estructura institucional.

En 1976 se llega a un acuerdo para transformar la Asamblea Europea, formada por parlamentarios de los diferentes estados miembros, en un Parlamento Europeo elegido por sufragio universal<sup>99</sup>. Este cambio se consumará en junio de 1979 con la celebración de las primeras elecciones y la consolidación de una institución concebida como representante de los ciudadanos europeos y dotada a partir de entonces de una legitimidad democrática directa (aunque todavía con unas funciones limitadas), con lo que se empezaba a cumplir uno de los requisitos necesarios para poder hablar de rasgos materialmente constitucionales en el seno de la Comunidad.

En 1985 se dio otro paso de importante calado, al abrirse la vía para la supresión de los controles en las fronteras interiores con la adopción del acuerdo de Schengen<sup>100</sup>. Aunque la iniciativa preveía un largo período temporal para su plena entrada en funcionamiento (el horizonte de 1995) y sólo había sido rubricada inicialmente por cinco estados, progresivamente se iría generalizando para todos los miembros de la Unión, con la excepción del Reino Unido e Irlanda (aunque participan en determinados campos del acuerdo), y tres de los últimos estados que se adhirieron a la Unión: Bulgaria, Chipre, Rumanía<sup>101</sup>.

---

<sup>97</sup> En el mismo momento de la rúbrica del Tratado por el que se constituye la CEE y la CEEA, se firmó un Convenio por el que se configuraron como instituciones únicas para las tres Comunidades la Asamblea y el Tribunal de Justicia (junto al Comité Económico y Social).

<sup>98</sup> Tratado relativo a un Consejo único y a una Comisión única de las Comunidades Europeas rubricado en Bruselas el 8 de abril de 1965.

<sup>99</sup> *Decisión y Acta sobre la elección de la Asamblea Europea por sufragio universal directo y la distribución de los escaños*, de 20 de septiembre de 1976.

<sup>100</sup> Acuerdo firmado el 14 de junio de 1985 por Alemania, Bélgica, Francia, Holanda y Luxemburgo; su Convenio de aplicación se rubricó el 19 de junio de 1990.

<sup>101</sup> Incluso algunos países no miembros de la Unión participan también de determinadas cláusulas del Acuerdo de Schengen (Islandia, Noruega, Suiza o Liechtenstein).

En 1986, el Acta Única Europea<sup>102</sup> recoge el objetivo del mercado interior, fijando el 31 de diciembre de 1992 como fecha tope para lograr la libre circulación plena (objetivo ya incorporado a los Tratados fundaciones pero hasta entonces con escaso éxito), incluye la regulación del sistema monetario europeo y nuevas competencias para las instituciones comunitarias en ámbitos como la política regional, medio ambiente, energía, telecomunicaciones o política social.

En 1992, el Tratado de Maastricht crea explícitamente la Unión Europea, dando a la construcción europea naturaleza política expresa y afianzando la tesis de la transformación o mutación en su naturaleza jurídico-política<sup>103</sup>: sobre el nuevo Tratado de la Unión Europea se diseña una estructura de pilares: el primero, el comunitario formado por los Tratados hasta entonces vigentes y que Maastricht también reformaba; el segundo engloba la Política Exterior y de Seguridad Común; y el tercero las disposiciones relativas a la cooperación en los ámbitos de la Justicia y los asuntos de Interior<sup>104</sup>. De este modo, aunque de modo tenue y con las particularidades del enfoque intergubernamental previsto para el segundo y tercer pilar, la Unión comenzaría a actuar en espacios tan importantes como la política exterior o en la esfera ligada a la política de interior.

Maastricht también fortalece el principio democrático, mejorando sustancialmente el papel del Parlamento Europeo, con más relevancia legislativa a través del procedimiento de codecisión, y haciendo necesaria la investidura de la Comisión; asimismo introduce rasgos de carácter federalizante: la creación de la ciudadanía europea, el principio de la solidaridad regional, la introducción del principio de subsidiariedad y, sobre todo, pone las bases de la futura moneda única a través de la Unión Económica y Monetaria; además, permite a la Unión Europea mayores posibilidades de actuación en ámbitos como sanidad, consumidores, o redes transeuropeas. Por ello, se puede decir que este Tratado tendría una nada despreciable dimensión constitucional e incluso federal.

---

<sup>102</sup> El Acta Única entró en vigor el 1 de julio de 1987.

<sup>103</sup> La Unión Europea debe, por tanto, su creación formal al Tratado de la Unión Europea rubricado en la ciudad holandesa de Maastricht (de ahí su denominación) el 7 de febrero de 1992, entrando en vigor el 1 de noviembre de 1993 después de un complejo proceso de ratificación en el que fue rechazado por Dinamarca en primera instancia y Francia lo apoyó por escaso margen en una consulta popular. Además, el TUE motivó reformas constitucionales en gran parte de los estados de la Unión, como Alemania, Francia, Portugal y la propia España.

<sup>104</sup> El Tratado de Ámsterdam pasaría a denominarlo Cooperación Policial y Judicial en Materia Penal.

En 1997, el Tratado de Ámsterdam<sup>105</sup>, refleja en sus preceptos una orientación más social, al tiempo que refuerza el principio democrático con la inclusión de un procedimiento sancionador para aquellos estados que violen de modo grave y persistente los derechos fundamentales y los principios democráticos; además, no podemos olvidar que este Tratado hace progresos sustanciales en la comunitarización del tercer pilar de la Unión e institucionaliza los Acuerdos de Schengen en el marco jurídico de la Unión a través de un Protocolo anexo.

Incluso el tantas veces criticado Tratado de Niza<sup>106</sup>, incapaz de dar respuesta a las necesidades de fondo de la Unión, reforzó el principio democrático, complementando la posibilidad de sanción prevista en Ámsterdam con un nuevo procedimiento relativo a la prevención de violación de los derechos fundamentales y los principios democráticos por parte de los estados miembros. Además, no podemos olvidar que la *Declaración n° 23 relativa al futuro de la Unión* adoptada en esta Conferencia Intergubernamental y anexa al Tratado (aunque motivada precisamente por la imposibilidad de conseguir avances inmediatos) marcaría el inicio de una agenda con un contenido marcadamente constitucional, situando en un primer plano la clarificación del marco competencial, el estatuto de la Carta de los Derechos Fundamentales, la simplificación de los Tratados o el papel de los Parlamentos Nacionales; cuestiones, en definitiva, que abordaría el futuro Tratado Constitucional y sobre las que volveremos con más detenimiento en el Capítulo Segundo de este trabajo.

## 2. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas<sup>107</sup>

La acción del Tribunal de Justicia desarrollaría elementos clave desde una óptica constitucional (y en parte también federal, como estudiaremos más adelante); incluso,

<sup>105</sup> El Tratado de Ámsterdam se firmó el 2 de octubre de 1997 y entró en vigor el 1 de mayo de 1999.

<sup>106</sup> El Tratado de Niza fue rubricado el 26 de febrero de 2001, entrando en vigor el 1 de febrero de 2003, cuando ya estaba avanzado su proceso de reforma.

<sup>107</sup> En toda la tesis doctoral utilizaremos como equivalentes las denominaciones de Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Tribunal de Justicia, Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y Tribunal de Luxemburgo. La denominación emanada hoy en día del Tratado de Lisboa sería la primera (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, formado a su vez por el Tribunal de Justicia y el Tribunal General), pero no se puede obviar que la jurisprudencia más relevante desde un punto de vista constitucional fue adoptada como Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, antes de que formalmente existiera la Unión Europea. En todo caso, aún con diferentes rúbricas, el tribunal es el mismo, al igual que su sede ubicada en la ciudad de Luxemburgo, de ahí que también utilicemos este criterio geográfico para referirnos a él.

como expone Brunell, frente a las reticencias de los propios estados<sup>108</sup>, como las doctrinas del efecto directo, primacía y prelación a las que nos referiremos de inmediato. El Tribunal de Justicia llegaría a transformar los tribunales nacionales en tribunales de la Comunidad conforme a la interpretación del art. 234 TCE sobre cuestiones prejudiciales<sup>109</sup>, a la par que se autocalifica como único órgano competente para controlar la conformidad de las normas comunitarias con los Tratados y declarar su posible invalidez<sup>110</sup>. Además, configuraría un sistema protector en cuestiones como los derechos fundamentales o las garantías procesales<sup>111</sup>, a pesar de que hasta la entrada en vigor del Tratado de Lisboa no contaba con una Carta de Derechos Fundamentales con plena fuerza jurídica. Del mismo modo, propugnó la doctrina de los poderes implícitos facilitando la competencia comunitaria hacia el exterior<sup>112</sup> o la anulación de actos normativos que vulneraran el procedimiento legislativo y el papel del Parlamento Europeo en el mismo<sup>113</sup>.

Igualmente, sería muy significativa la terminología empleada por el propio Tribunal de Justicia. Así, si en la misma sentencia *Van Gend en Loos* que propició el efecto directo del Derecho Comunitario, el Tribunal consideraba que las Comunidades

<sup>108</sup> Este profesor lo expresaba gráficamente: “the Court initiated and sustained this process [...] despite the declared opposition of Member State governments”, BRUNELL, Thomas: “Constructing...”, p. 66.

<sup>109</sup> *Vid.* por ejemplo, la sentencia de 11 de enero de 2000, *Tanja Kreil/Bundesrepublik Deutschland*, asunto C-285/98, que implica la reforma de la Constitución alemana en un tema como el ejército que entra dentro del núcleo de la soberanía de un Estado.

<sup>110</sup> Es decir, el Tribunal de Luxemburgo vendría a ejercer un verdadero control de constitucionalidad, *vid.* sentencia de 22 de octubre de 1987, *Foto Frost/Hauptzollamt*, asunto 314/85, en la que se dice que “dado que el artículo 173 atribuye competencia exclusiva al Tribunal de Justicia para anular un acto de una institución comunitaria, la coherencia del sistema exige que la facultad de declarar la invalidez del mismo acto, si se plantea ante un órgano jurisdiccional nacional, esté reservada asimismo al Tribunal de Justicia”.

<sup>111</sup> *Vid.* sentencia de 17 de diciembre de 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH/Einfuhr-und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, asunto 11/70, que recoge que “la salvaguarda de estos derechos [fundamentales] debe ser garantizada en el cuadro de la estructura y de los objetivos de la Comunidad, inspirándose en las tradiciones constitucionales de los Estados miembros”. En sentido similar, *vid.* sentencia de 14 de mayo de 1974, *Nold, Kohlen-und Baustoffgroßhandlung/Comisión*, asunto 4/73, donde dispone que “los derechos fundamentales son parte integrante de los principios generales del derecho que él [el Tribunal de Justicia] tutela [por lo que] no puede permitir medidas incompatibles con los derechos fundamentales reconocidos y garantizados por las Constituciones de estos Estados. [Además] los tratados internacionales relativos a la protección de los derechos del hombre en los que los Estados miembros hayan cooperado o a los que se hayan adherido pueden facilitar indicaciones que conviene tener en cuenta en el ámbito del derecho comunitario”.

<sup>112</sup> *Vid.* sentencia de 31 de marzo de 1971, *Comisión/Consejo*, asunto 22/70 (*sentencia AETR*), según la que “tal competencia [para concluir acuerdos internacionales] resulta no sólo de una atribución explícita del Tratado [...] sino que puede derivarse igualmente de otras disposiciones del Tratado y de actos adoptados, en el marco de estas disposiciones, por las instituciones de la Comunidad”.

<sup>113</sup> *Vid.* sentencia de 29 de octubre de 1980, *S.A. Roquette Frères/Consejo*, asunto 138/79, conforme a la que “la consulta regular del Parlamento en los casos previstos por el tratado constituye pues una formalidad sustancial cuya infracción entraña la nulidad del acto afectado”.

eran creadoras de un “nuevo orden jurídico de derecho internacional en beneficio del cual los Estados han limitado sus derechos soberanos”<sup>114</sup>, al año siguiente la sentencia *Costa* apuntaba que “en contraste con los Tratados Internacionales, el Tratado de la CE ha creado su propio ordenamiento jurídico [...] que se convirtió en parte integrante del ordenamiento jurídico de los Estados miembros, y que sus tribunales están obligados a aplicar”<sup>115</sup>. Posteriores sentencias harían referencia a un nuevo orden jurídico eliminando las referencias al Derecho Internacional<sup>116</sup>. Evolución que daría otro salto cualitativo con la sentencia *Los Verdes* y el *dictamen 1/91*, donde el Tribunal de Luxemburgo consideró a los Tratados como carta constitucional básica de la Comunidad<sup>117</sup>. De hecho, como concluye López Castillo “los Tratados han sido caracterizados por la jurisprudencia comunitaria como «Carta constitucional» y la doctrina no ha tenido inconveniente alguno en entrecomillar la palabra «Constitución» para dar cuenta de la especificidad del sistema (supranacional)”<sup>118</sup>.

## B. Principales rasgos de la Constitución material europea

Veamos ahora brevemente, los principales rasgos que el profesor Pereira Menaut identificaba en esta Constitución material de la Unión Europea<sup>119</sup> y que, por tanto, existían aun antes de que diera comienzo el proceso de constitucionalización formal que abordaremos en el Capítulo Segundo.

<sup>114</sup> Sentencia de 5 de febrero de 1963, *Van Gend en Loos/Administration Fiscale Néerlandaise*, asunto 26/62, que añade que en este nuevo ordenamiento jurídico “no solamente son sujetos los Estados miembros sino igualmente sus ciudadanos [por lo que] el derecho comunitario, con independencia de la legislación de los Estados miembros, igual que crea obligaciones para los particulares, está destinado también a engendrar derechos que entran en su patrimonio jurídico”.

<sup>115</sup> Sentencia de 15 de julio de 1964, *Costa/ENEL*, asunto 6/64 que proclama “la imposibilidad para los Estados miembros de hacer prevalecer, frente a un ordenamiento jurídico aceptado por ellos sobre una base de reciprocidad, una medida unilateral posterior que, de esta forma, no puede serle opuesta”. Principio de primacía que, como veremos, sería desarrollado posteriormente por el propio Tribunal de Luxemburgo, en especial a través de la sentencia de 9 de marzo de 1978, *Administration des finances de l'État/Société anonyme Simmenthal*, asunto 106/77, a la que nos referiremos en páginas posteriores.

<sup>116</sup> *Vid.* sentencia de 13 de noviembre de 1964, *Comisión/Luxemburgo y Bélgica*, asunto 90-91/63.

<sup>117</sup> La sentencia de 23 de abril de 1986, *Los Verdes/Parlamento Europeo*, asunto 294/83, decía: “La Comunidad Económica Europea es una Comunidad de Derecho en la medida en que ni los Estados miembros ni las instituciones pueden evitar el control de la conformidad de sus actos con la carta constitucional básica que es el tratado”. Por su parte, el *dictamen 1/91*, de 14 de diciembre de 1991, relativo a la creación del Espacio Económico Europeo, consideraba respecto del Tratado que “aunque haya sido celebrado en forma de convenio internacional, no por ello deja de ser la carta constitucional de una Comunidad de Derecho”.

<sup>118</sup> LÓPEZ CASTILLO, Antonio: *La Constitución de Europa a debate...*, p. 27.

<sup>119</sup> *Vid.* PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos: “Invitación...”, pp. 209-232; *ibidem* “Crecer...”, pp. 112-114; así como PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos - BRONFMAN, Alan - CANCELA OUTEDA, Celso - HAKANSSON, Carlos: *La Constitución europea. Tratados constitutivos y jurisprudencia*, Santiago de Compostela, Universidade de Santiago de Compostela, 2000, pp. 15-23.

1) Respecto de la forma, se trataba de una Constitución no formalizada (no existía un texto como tal), incompleta, dispersa, rígida (en su parte escrita), directamente aplicable, vinculante y creadora de derechos y obligaciones (también para los particulares).

2) Las fuentes del Derecho Constitucional europeo serían la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, los Tratados, el CEDH, las constituciones de los estados miembros, la jurisprudencia de los altos tribunales nacionales y los principios<sup>120</sup>. La práctica política tendría también una elevada importancia en el funcionamiento de la Unión, y el poder constituyente estaría disperso entre el Consejo Europeo y el Consejo de Ministros, la Comisión, el Parlamento, el Tribunal de Justicia y, en pequeña medida, los pueblos de los diferentes estados que la integran.

3) Las modificaciones de la arquitectura de la Unión se realizarían muchas veces a través de cambios no formales, produciendo un desplazamiento desde lo internacional a lo político. En este sentido destacan las sentencias constitucionales del Tribunal de Justicia (*Van Gend, Costa, Simmenthal*), la elección directa del Parlamento Europeo, el Acta Única Europea y el Tratado de Maastricht que creó el TUE.

4) Desde los años sesenta y setenta se incrementan, de forma relativamente rápida, las materias de las que se ocuparía la Unión; a esta expansión ayudaría tanto una interpretación que se podría calificar de generosa por parte del Tribunal de Justicia a favor de las instituciones comunitarias (entendiendo con amplitud las competencias horizontales y la cláusula de flexibilidad, o desarrollando el principio de preclusión para las competencias compartidas), como las sucesivas reformas de los Tratados.

---

<sup>120</sup> El profesor Pereira Menaut concedía gran relevancia a las fuentes no propiamente comunitarias en sentido formal. Así, en las constituciones estatales encontrarían su base principios como el de subsidiariedad y proporcionalidad o el carácter expansivo de los derechos y libertades (más allá de los meramente económicos). De la jurisprudencia de los altos tribunales estatales destacaría, sobre todo, la labor del Tribunal constitucional alemán (con las conocidas sentencias *Solange I*, *Solange II*, o su propia sentencia sobre el Tratado de Maastricht) e italiano (sentencias *Frontini* o *Granital*). Finalmente, identificaba algunos principios constitucionales de procedencia diversa (tradiciones jurídicas comunes, constituciones estatales, interpretación de los Tratados por el Tribunal de Justicia, y los propios Tratados) como el de igualdad y ausencia de discriminaciones injustas, seguridad jurídica, proporcionalidad, lealtad comunitaria o la subsidiariedad, *vid.* PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos: “Invitación...”, pp. 218-232. Por su parte, Hartley establecía seis grandes bloques: derechos fundamentales, seguridad jurídica, proporcionalidad, igualdad, derecho a ser oído y secreto profesional de los abogados, *vid.* HARTLEY, Trevor C.: *The Foundations of EEC Law*, Oxford, Clarendon, 1998, pp. 132-153.

5) Estaría garantizada la sumisión de la potestad pública al Derecho de forma parecida al *rule of law*, partiendo del Preámbulo del Tratado de la Unión Europea y del control de legalidad del art. 230 TCE desarrollado por sentencias como *Los Verdes* y *Foto Frost*.

6) Existiría un peculiar sistema de separación de poderes, con un discutible reparto de las diversas potestades: legislativa (entre Comisión, Consejo y Parlamento, aunque este último estaría en inferioridad de condiciones), ejecutiva (de la Comisión por regla general, aunque en determinados casos podría ejercerla el Consejo) y judicial (Tribunal de Justicia). El resultado sería una forma de gobierno parlamentaria también peculiar, en que las relaciones de censura y confianza sólo se establecen entre Parlamento y Comisión, quedando las relaciones entre el Consejo y la Comisión, y el Consejo y el Parlamento, más limitadas.

7) El Tribunal de Justicia ha posibilitado un sistema garantista en materia de derechos fundamentales, a través de una amplia jurisprudencia en materia de derechos y libertades, desarrollando artículos de los Tratados, del CEDH y principios procedentes de los estados. Así, aunque hasta hace relativamente poco tiempo no existía una Carta de los Derechos Fundamentales, dichos derechos gozaban de protección jurisdiccional y, por consiguiente, podría decirse que este parámetro de constitucionalidad también se cumplía en la Unión Europea.

8) El modelo territorial resultante sería asimétrico y desequilibrado<sup>121</sup>, pudiendo aparecer la Unión revestida de diferentes formas según el ámbito de que se trate: Organización Internacional basada en relaciones de cooperación (PESC hasta Ámsterdam), confederación (PESC posterior a Ámsterdam) o federación (materias comunitarizadas como la agricultura). En este sentido, podrían detectarse algunos principios inspiradores de esta estructura territorial, ya se encuentren en los Tratados o tengan raíz jurisprudencial: efecto directo y primacía, lealtad comunitaria, respeto de la identidad nacional de los estados miembros o principio de subsidiariedad.

---

<sup>121</sup> Pereira Menaut apuntaba cuatro rasgos característicos de este modelo territorial: serían los estados quienes propiamente tendrían el territorio, no la UE; la integración territorial de los distintos estados es diferente; existen territorios de los estados miembros que no se integran en la UE; y la configuración territorial interna de los miembros va desde tradicionales estados unitarios hasta estados federales, *vid.* PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos: “Invitación...”, p. 215.



El examen de estos rasgos vendría a confirmar el concepto de *multilevel constitutionalism* o *Verfassungverbund* sostenido por Pernice sobre la base de la doctrina de la *multilevel governance* conforme a la cual en la Unión Europea emanada de Maastricht “los distintos niveles institucionales comparten, en lugar de monopolizar, decisiones sobre amplias áreas competenciales [configurándose como] un patrón altamente variable, y no jerárquico, de interacción entre actores diversos en diferentes áreas de políticas”<sup>122</sup>, de modo que “desde principios de los noventa ha explicado desde una perspectiva no estatista de las ciencias sociales las nuevas formas de gobierno compartido”<sup>123</sup>.

Así, partiendo de un concepto postnacional de Constitución, que implicaría asumir que no sólo es exclusiva de los estados, existiría una Constitución Europea compuesta por dos capas constitucionales, la europea y la nacional (constituciones nacionales y Tratados europeos), estrechamente entrelazadas e interdependientes (a las que habría que incluir la dimensión regional) ninguna de las cuales admite una lectura o plena comprensión sin referencia a la otra<sup>124</sup>. Ahora bien, el *multilevel constitutionalism* no significa que todos los niveles constitucionales sean iguales (salvo por el propio lugar que ocupan) porque no todos tienen las mismas dimensiones ni se dirigen a resolver problemas similares: puede coexistir una Constitución de base estatal y monista como la francesa, con una Constitución material de la UE no estatista y pluralista.

Además, parte de la doctrina habla ya, sin tapujos, de un constitucionalismo global<sup>125</sup> en el marco de la crisis del Estado-nación y concebido como “la embrionaria

<sup>122</sup> MARKS, Gary - LLAMAZARES, Iván: “Gobernación de múltiples niveles, movilización regional e identidades subestatales en la Unión Europea”, en Llamazares *et alii*, *Aspectos políticos y sociales de la integración europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 161. Por su parte Morata consideraba que el término serviría, en su sentido originario, para entender “los condicionamientos impuestos por los intereses nacionales o las políticas internas de los distintos Estados miembros, mediante el reconocimiento más o menos explícito de la influencia ejercida por el nivel supranacional”, MORATA, Francesc: *La Unión Europea. Procesos, actores y políticas*, Barcelona, Ariel, 1999, p. 118.

<sup>123</sup> NÚÑEZ POBLETE, Manuel: “Una introducción...”, p. 39.

<sup>124</sup> *Vid.* PERNICE, Ingolf: “Multilevel constitutionalism in the European Union”, *European Law Review*, vol. 27, (2002), pp. 514-515, o “The European Constitution”, *16<sup>th</sup> Sinclair-House Talks*, Bad Homburg, 2001, pp. 4-7. En sentido similar, *vid.* CRUZ VILLALÓN, Pedro: *La Constitución Inédita. Estudios ante la constitucionalización de Europa*, Madrid, Trotta, 2004, p. 9. Por ello Aldecoa consideraba que la UE “se compone de un conjunto de relaciones políticas horizontales y verticales que hablan más de un sistema federal multinivel que de la organización internacional sectorial que era la Comunidad Europea”, ALDECOA LUZÁRRAGA, Francisco: “Primeros resultados del debate sobre el futuro de Europa: entre la profundización y la refundación”, *Working Paper del Real Instituto Elcano*, nº 9, (2002), p. 11.

<sup>125</sup> *Vid.* KLABBERS, Jan - PETERS, Anne - ULFSTEIN, Geir: *The Constitutionalization of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009, FERRAJOLI, Luigi: “Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un

constitución global que ya existe en la Carta de las Naciones Unidas y en los diversos pactos y declaraciones de derechos humanos”<sup>126</sup>. De esta forma, y como veremos al abordar el singular modelo federal de la Unión Europea, estaríamos ante un marco de capas y estructuras superpuestas entendidas como un *overlapping federalism*<sup>127</sup>, es decir, como un proceso federal en sentido laxo de múltiples niveles.

Por consiguiente, ya sería posible identificar una Constitución material de la Unión Europea, aunque bien es verdad que la Unión no se ajusta plenamente a ninguna de las formas clásicas establecidas por la Teoría del Estado o el Derecho Internacional: no es un Estado pero tampoco estamos ante una Organización Internacional<sup>128</sup>, no se trata de una confederación ni de una federación, e incluso la Unión Europea no dispondría formalmente de personalidad jurídica propia hasta el Tratado de Lisboa<sup>129</sup>. De hecho, Ipsen ya reconocía en la década de los setenta del pasado siglo la dificultad de encuadrar a la Unión en estas categorías doctrinales definiendo a las entonces

---

constitucionalismo global”, *Isonomía*, nº 9, (1998), pp. 173-184, o incluso el profesor Habermas, *vid. HABERMAS, Jürgen: Ay Europa*, Madrid, Trotta, 2009, pp. 107-126. Para una síntesis de las diversas tendencias y enfoques de este constitucionalismo global desde una perspectiva crítica, *vid. SCHWÖBEL, Christine: “The Appeal of the Project of Global Constitutionalism to Public International Lawyers”*, *German Law Journal*, vol. 13, nº 1 (2012). En concreto, Schwöbel distingue cuatro dimensiones del constitucionalismo global: constitucionalismo social, cuyo exponente sería Teubner y se centra en la sociedad civil, disociando el constitucionalismo del Estado-nación de modo que la Constitución de la sociedad mundial emerge de un proceso de constitucionalización de los subsistemas autónomos de esa sociedad; constitucionalismo institucional, representado por Fassbender y sustentado en la institucionalización de la esfera internacional de forma que la Carta de las Naciones Unidas encarnaría esa Constitución global; constitucionalismo normativo, con autores como Erika de Wet que abogan por configurar determinadas normas individuales como normas de un constitucionalismo global; y constitucionalismo por analogía, cuyo principal referente sería Kumm y se basaría en el análisis entre el constitucionalismo regional o doméstico y la esfera internacional, de forma que una estructura constitucional en el marco internacional se diseñe sobre las ideas del Derecho de la Unión Europea, *vid. ibidem*, pp. 4-6.

<sup>126</sup> FERRAJOLI, Luigi: “Más allá de...”, p. 178. No obstante, el propio autor reconoce que este constitucionalismo global carecería todavía de garantías judiciales a nivel internacional, *vid. ibidem*, pp. 179-180.

<sup>127</sup> *Vid. FREI, Bruno S.: “Functional, Overlapping, Competing Jurisdictions: Redrawing the Geographic Borders of Administration”*, *European Journal of Law Reform*, vol. V, nº 3-4, (2005), pp. 543-555.

<sup>128</sup> A finales de los años noventa del siglo pasado, Sánchez Ruiz consideraba que las Comunidades Europeas, junto con la PESC y la CPJMP serían organizaciones internacionales pertenecientes a las denominadas organizaciones internacionales “de integración” u “organizaciones supranacionales”, en contraposición con las organizaciones internacionales clásicas, donde los estados miembros estructuran su cooperación sobre bases intergubernamentales, *vid. SÁNCHEZ RUIZ, Ana Isabel: Federalismo e Integración Europea. La distribución de competencias en los sistemas alemán y comunitario*, Instituto Vasco de Administración Pública, 1997, p. 13. Como veremos más adelante, Canela Outeda, apunta que esta distinción plantea algunas dificultades, *vid. CANCELA OUTEDA, Celso: El proceso de...*, pp. 93-95.

<sup>129</sup> Una diferenciación esquemática entre la UE y las organizaciones internacionales, y entre la UE y los modelos estatales descentralizados (principalmente de carácter federal) puede verse en LÓPEZ CASTILLO, Antonio: *La Constitución de Europa a debate...*, pp. 29-34.

Comunidades como asociaciones funcionales (*Zweckverbände*)<sup>130</sup> y para Isaac, años más tarde, resultaba “prácticamente imposible calificar a las Comunidades Europeas si nos limitamos a intentar hacerlas entrar en una de las categorías tradicionales de agrupaciones de Estados”<sup>131</sup>, entre otras cosas porque las nociones de poder constituyente o *demos* no pueden aplicarse sin más a la Unión<sup>132</sup>, de ahí que alcanzase gran difusión la definición dada por Jacques Delors de las entonces Comunidades Europeas como un Objeto Político no Identificado<sup>133</sup>.

En este estado de cosas, el profesor Cancela Outeda apuntaba que la Unión Europea de principios del siglo XXI estaría inmersa en un proceso de constitucionalización, pudiendo definirse como “una unión, cada vez más estrecha (vocación política), de estados democráticos soberanos (originariamente) que, en un proceso federal *lato sensu* procedente de unos Tratados de naturaleza internacional, van integrando asimétricamente diversos campos (cualitativamente y cuantitativamente importantes) de su soberanía, mientras que otros campos permanecen menos integrados o sin integrar en absoluto”<sup>134</sup>. Estaríamos pues ante “una Unión supranacional acerca de cuyos perfiles es preciso seguir reflexionando, pero sin perder de vista la doble base (personal y estatal) que la viene caracterizando”<sup>135</sup>.

#### IV. CARACTERES COMUNES A LOS MODELOS FEDERALES

No es objeto de este epígrafe realizar un análisis pormenorizado del federalismo o de la teoría de la federación, ni profundizar en sus características, ni mucho menos hacer una

<sup>130</sup> Vid. IPSEN, Hans-Peter: “La posición jurídica de las Comunidades”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 14, (2010), pp. 480-487, traducción del texto *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, de 1972.

<sup>131</sup> ISAAC, Guy: *Manual de Derecho Comunitario General*, Barcelona, Ariel, 1991, p. 319. Este autor configuraba a la Comunidad como “poder público común” en base a una resolución del Tribunal de Justicia de 14 de noviembre de 1978 relativa a la Comunidad Europea de la Energía Atómica, *vid.* pp. 320-321.

<sup>132</sup> Como expone Pereira Menaut, “os que, sobre todo no centro e sur de Europa, non imaxinan outra comunidade política que un estado, dan por sentado que, posto que a Unión é xa unha comunidade política, debe ter poder constituínte, pobo e códigos como os estados. Pero esa continuidade entre formas políticas é historicamente falsa; o estado, cando se implantou, non foi unha reprodución dos reinos medievais, nin estes do Imperio Romano, nin este da *civitas*, nin esta da *polis*. Na actual transición, o pensamento estatista é un obstáculo, un freo de man, porque incapacita para acomodar ou artellar a pluralidade política, xurídica e cultural [...]”, PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos: “¿Outro modelo...”, p. 195.

<sup>133</sup> Vid. QUERMONNE, Jean-Luis: “Existe-t-il un modèle politique européen?”, *Revue Française de Science Politique*, nº 2, (1990), p. 196.

<sup>134</sup> CANCELA OUTEDA, Celso: *El proceso de...*, p. 138.

<sup>135</sup> LÓPEZ CASTILLO, Antonio: *La Constitución de Europa a debate...*, p. 34.

comparativa del Estado federal con otras formas organizativas, como la Confederación o las organizaciones internacionales. Esto excedería con creces el objeto de estudio de este trabajo, el cual pretende únicamente una aproximación al proceso federal en la medida que sirva para situar y comprender mejor la naturaleza y el funcionamiento de la Unión Europea. De este modo, y desde una perspectiva general, abordaremos en primer lugar los orígenes, naturaleza y presupuestos del federalismo, las diferencias entre Federación y Confederación (así como otras figuras intermedias) para finalizar examinando los elementos definatorios del sistema federal.

#### A. Origen, naturaleza y presupuestos del federalismo

Lo primero que debemos aclarar en esta aproximación general es que, como la propia *praxis* nos enseña, no podemos hablar de un único modelo federal, tal como recalca Elazar al considerar que el federalismo “puede ser considerado como un gen de organización política que posee varias especies”<sup>136</sup>. Por tanto, es necesario acotar previamente su naturaleza, precisando las diferentes formas y enfoques en que se puede desarrollar.

El mismo profesor Elazar ofrece, en este sentido, una definición del federalismo simple a la par que esclarecedora: el federalismo sería “*autogobierno más gobierno compartido*”, implicando una unión contractual de carácter duradero que permite la participación en el poder, clarifica los límites de la soberanía y suple, sin reemplazar o disminuir, los lazos orgánicos previos allí donde existían<sup>137</sup>.

El origen del término se situaría en el latín *foedus*, significando liga, unión o alianza. Por tanto, las raíces del federalismo son muy antiguas y en su desarrollo y evolución podemos distinguir cuatro grandes etapas<sup>138</sup>.

En un primer momento, la idea federal era teopolítica y tenía una raíz religiosa que el propio Elazar sitúa en la Biblia<sup>139</sup>, detectando incluso rasgos de lo que podría ser

<sup>136</sup> ELAZAR, Daniel J.: *Exploración del federalismo*, Barcelona, Hacer, 1990, p. 27.

<sup>137</sup> *Vid. ibidem*, pp. 32-33.

<sup>138</sup> *Vid.* ROJO SALGADO, Argimiro: *El modelo federalista de integración europea. La Europa de los estados y de las regiones*, Madrid, Dykinson, 1996, pp. 21-25. Sobre la historia del federalismo, *vid.* VOYENNE, Bernard: *Histoire de l'idée fédéraliste*, París-Niza, Presses d'Europe, 1973-1981.

<sup>139</sup> *Vid.* ELAZAR, Daniel J.: *Exploración...*, p. 151.

una incipiente organización de carácter federal en el siglo XIII a. C. con el pacto que establecen entre sí las doce tribus de Israel o las posteriores ligas federales creadas entre las *polis* griegas<sup>140</sup>. Por ello, esta primera etapa se sustenta en la “confluencia de tres corrientes heterogéneas: el surgimiento de la gran revelación judeo-cristiana, el descubrimiento de la razón y del individuo en Grecia y la elaboración de un derecho objetivo en Roma”<sup>141</sup>.

La segunda etapa se situaría cronológicamente en la Edad Media, pudiendo detectarse cierto paralelismo entre federalismo y feudalismo, que tendría como ejemplos tangibles a la Corona de Aragón (unión *cuasi* federal entre estados) o la unión de los tres cantones suizos de Uri, Schwyz y Unterwald en 1291 a través de un pacto perpetuo para la defensa mutua de sus derechos y libertades<sup>142</sup>. Esta naturaleza pacticia sería recogida por los teólogos federales de la Reforma Protestante que “acuñaron el término «federal» [...] y lo aplicaron para describir la alianza sagrada y perdurable instituida entre Dios y la humanidad”<sup>143</sup>. En este sentido, no se puede dejar de mencionar el importante trabajo de Althusius<sup>144</sup>, quien llegó a trazar las líneas maestras de una organización federal conectada con la idea de la soberanía popular con el objetivo de convertir el Sacro Imperio Romano Germánico en una unión federal<sup>145</sup>.

Posteriormente, a finales del siglo XVII y a lo largo del siglo XVIII la idea federal afianzó su secularización con la aparición de las teorías pactistas, principalmente de Locke, si bien habría que esperar principalmente a Madison “para que la idea federal se transformara en un principio y en una técnica completamente secular y política”<sup>146</sup>. Es en este momento cuando llegamos a la tercera etapa del federalismo, a raíz del complejo proceso que dio lugar a la Constitución norteamericana de 1787, por medio de la que el federalismo adquiere una nueva dimensión derivada del nacimiento del primer

---

<sup>140</sup> Vid. *ibidem*, pp. 153-160.

<sup>141</sup> ROJO SALGADO, Argimiro: *El modelo...*, p. 23.

<sup>142</sup> Vid. *ibidem*, p. 21. No obstante como el propio profesor Rojo Salgado recuerda, entre feudalismo y federalismo existen también diferencias muy acusadas, ya que “el feudalismo se sustenta sobre el principio de jerarquía, mientras que el federalismo se caracteriza precisamente por la igualdad entre las partes”, *ibidem*.

<sup>143</sup> ELAZAR, Daniel J.: *Exploración...*, p. 151.

<sup>144</sup> Vid. ALTHUSIUS, Johannes: *Politica Methodice Digesta*, Cambridge, Harvard University Press, 1932.

<sup>145</sup> Vid. ELAZAR, Daniel J.: *Exploración...*, p. 179. Este autor llama la atención en que “no podemos pensar que fuera una simple coincidencia que los cuatro centros intelectuales de los que brotó la teología federal fueran Basilea, Berna, Ginebra y Zurich en los primerísimos días de la Reforma”, *ibidem*.

<sup>146</sup> *Ibidem*, p. 152.

Estado federal en el sentido moderno<sup>147</sup> aunque el término no aparezca todavía en el texto constitucional<sup>148</sup>. En este sentido, los propios *The Federalist Papers* reflejan que:

“En una República unitaria, todo el poder cedido por el pueblo se coloca bajo la administración de un solo gobierno; y se evitan las usurpaciones dividiendo a ese gobierno en departamentos separados y diferentes. En la compleja república americana, el poder de que se desprende el pueblo se divide primeramente entre dos gobiernos distintos, y luego la porción que corresponde a cada uno se subdivide entre departamentos diferentes y separados. De aquí surge una doble seguridad para los derechos del pueblo. Los diferentes gobiernos se tendrán a raya unos a otros, al propio tiempo que cada uno se regulará por sí mismo”<sup>149</sup>.

Este federalismo consagrado en *The Federalist* se denominaría federalismo hamiltoniano o federalismo jurídico y constitucional, caracterizándose por una naturaleza estática y esencialmente jurídica<sup>150</sup>.

Finalmente, en el siglo XIX el federalismo adquiriría una nueva dimensión, entrando en lo que sería el cuarto estadio de su evolución, denominado como federalismo integral o federalismo global<sup>151</sup>, en el sentido de operar como principio de organización social encaminado a la creación de una sociedad más justa, “poniendo el énfasis en la coparticipación entre partes igualmente legitimadas para el quehacer institucional en el seno de un orden social común”<sup>152</sup>. Conforme a esta nueva

<sup>147</sup> PANDELIDES, Andreas E.: *Federal Constitutions and the division of Powers and Competences between the Federation and the States*, Nicosia, Intercollege Press, 2000, p. 1.

<sup>148</sup> Como recuerda García-Pelayo, sería el origen del Estado federal como concepto y forma de organización política, porque formalmente, los términos federación o Estado federal no aparecen en el texto constitucional norteamericano; es más, en *The Federalist* el propio Madison se refiere a la Constitución como una combinación entre lo nacional y federal (XXXIX), que en esos momentos significaban respectivamente, Estado unitario y confederación, *vid.* GARCÍA-PELAYO Y ALONSO, Manuel: *Derecho constitucional...*, p. 215.

<sup>149</sup> MADISON, James - HAMILTON, Alexander - JAY, John: *El Federalista*, México, Fondo de Cultura Económica, 1987, (LI). Un análisis de esta obra puede verse en DIETZE, Gottfried: *The Federalist: a classic on federalism and free government*, Baltimore, The Johns Hopkins University Press, 1999. Pandelides recuerda que fue en el vivo debate sobre la ratificación del texto constitucional por los trece estados, cuando una serie de artículos escritos por Hamilton, Jay y Madison en los periódicos *The Independent Journal*, *The New York Packet* y el *Daily Advertiser* a favor de la ratificación, y publicados después bajo la conocida rúbrica de *The Federalist*, espolearon (incluso inconscientemente) el nacimiento de un nuevo modelo: el federal, *vid.* PANDELIDES, Andreas E.: *Federal...*, p. 1. Ahora bien, el planteamiento federalista no estuvo exento de dificultades en el propio proceso de ratificación de la Constitución, publicándose réplicas de carácter antifederalista (aunque de menor alcance) en otros periódicos y revistas, *vid.* KETCHAM, Ralph: *Escritos antifederalistas y debates de la convención constitucional de EE.UU.*, Barcelona, Hacer, 1996.

<sup>150</sup> *Vid.* ROJO SALGADO, Argimiro: *El modelo...*, p. 22.

<sup>151</sup> Probablemente el principal exponente de este federalismo integral sea Alexandre Marc. En este sentido, *vid.* MARC, Alexandre: *Du communalisme au fédéralisme intégral*, La Fédération, París, 1950.

<sup>152</sup> ELAZAR, Daniel J.: *Exploración...*, p. 152.

concepción, con algún tipo de conexión con el federalismo social de Proudhon<sup>153</sup>, “el federalismo aparece como un principio universal de organización de las relaciones entre los individuos y los grupos. Como tal principio informa, claro está, a todas las instituciones de la relación política, siendo el Estado una más de entre ellas”<sup>154</sup>. De esta forma, frente al concepto estático que se desprendía de *The Federalist*, se consolida a partir de esta nueva concepción una idea dinámica, más política y evolutiva del federalismo, quedando patente la distinción entre Federación y federalismo. O dicho de otra forma, “el Estado federal, lejos de considerarse como sinónimo de federalismo, constituye únicamente un caso -muy relevante, ciertamente- de cristalización y aplicación de ese principio informador y organizativo general llamado federalismo”<sup>155</sup>.

Por ello, autores como Charpentier diferencian, en sentido amplio, dos planos del federalismo: un *état d'esprit* que comprendería la exaltación de la persona, el respeto de la diversidad y la búsqueda del consenso tendente a construir la sociedad a través de la negociación<sup>156</sup>; y un *méthode institutionnelle*, sustentado a su vez en la personalidad conjunta del grupo, la Unión y las entidades federadas, cada una de las cuales tendría mecanismos de participación en las instituciones de la otra, el reparto de competencias entre ambas entidades, la primacía del ordenamiento jurídico federal, y la realización progresiva de la integración<sup>157</sup>. Por consiguiente, el federalismo se concibe como una filosofía o metodología que pretende dar respuestas globales a problemas globales, tanto desde el plano de las estructuras como desde el ámbito social, a la par que reconoce la pertenencia del individuo a diferentes grupos y colectividades<sup>158</sup>.

En base a lo anteriormente expuesto, y aunque no sea objeto del presente estudio, ya podemos percibir la clásica diferenciación entre los dos grandes modelos federales: el federalismo dual de inspiración anglosajona y cuyo exponente serían los Estados Unidos, y el federalismo cooperativo cuyo principal representante sería

---

<sup>153</sup> Vid. PROUDHON, Pierre-Joseph: *El principio federativo*, Madrid, Sarpe, 1985.

<sup>154</sup> ROJO SALGADO, Argimiro: *El modelo...*, p. 24.

<sup>155</sup> *Ibidem*.

<sup>156</sup> Como expresa Rojo Salgado “El federalismo no es solamente territorial –en sentido de político–, ni siquiera exclusivamente social, económico y cultural, sino también espiritual”, *ibidem*, p. 34. Así entendido el federalismo tendría un radio de acción universal, pudiendo hablarse de un federalismo económico, fiscal, social, cultural, etc., además del federalismo político-territorial, *vid. ibidem*, p. 35.

<sup>157</sup> Vid. CHARPENTIER, Jean: “La repartition des compétences entre l’Union européenne et les Etats membres”, *Série de publications de l’Académie de Droit Européen de Trèves*, vol. 21, (1997), p. 65.

<sup>158</sup> Vid. ROJO SALGADO, Argimiro: *El modelo...*, p. 30.

Alemania. O dicho de otra manera: entre un sistema federal dual en el que cada uno de los niveles tiene competencia sobre una serie de materias (cada nivel territorial tendría teóricamente la competencia plena en las materias que cada cual tuviera asignadas), y un sistema funcional en el que se produciría una cooperación entre los diferentes niveles territoriales de modo que la función legislativa o las bases de la legislación pertenecen al poder federal y el desarrollo legislativo y la ejecución a los estados miembros. Este segundo tipo, al que denominamos cooperativo aún tendría una vertiente más depurada, el llamado federalismo de ejecución, consistente en que la gran mayoría de las funciones administrativas se desempeñarían por los estados (ya fuera ejecutando como cosa propia o por delegación) con independencia de que la competencia normativa fuera federal o estatal<sup>159</sup>.

De esta forma, “mientras el federalismo angloamericano podría, en principio, juzgarse por la cantidad y calidad de las cosas que los Estados miembros pueden hacer por sí solos y enteras, desde tomar la decisión (frecuentemente por medio de la legislación) hasta llevar a cabo la ejecución (normalmente por vía administrativa o jurisdiccional), el centroeuropeo no, pues en lugar de partir de la base de la separación entre poder federal y poderes federados, parte de la base de la cooperación entre ambos en muchas de las materias de competencia”<sup>160</sup>. El sistema dual, que implica un reparto de materias que llevan aparejadas todas las funciones (legislativa, desarrollo normativo y ejecutiva), se ha seguido en los países de raíz anglosajona siendo su principal exponente los Estados Unidos. El sistema funcional se ha desarrollado en Alemania y Austria, pasando a otros estados europeos y siendo más aproximado a modelos cuasifederales o autonómicos como el de España<sup>161</sup> o a la propia Unión Europea, si bien

---

<sup>159</sup> También caracterizado como federalismo ejecutivo o *Vollzugsföderalismus*, de raíz centroeuropea (por ejemplo Suiza o, en cierto sentido, la propia Alemania).

<sup>160</sup> PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos: *Sistema Político y Constitucional de Alemania. Una introducción*, Santiago de Compostela, Tórculo, 2003, p. 53. Dentro de la amplia bibliografía sobre el federalismo en los Estados Unidos, puede verse SCHWARTZ, Bernard: *El federalismo norteamericano actual*, Madrid, Civitas, 1984, o PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos: *Invitación al estudio de la Constitución de los Estados Unidos*, Santiago de Compostela, Tórculo, 1998.

<sup>161</sup> No es objeto de este trabajo estudiar las diferencias entre los modelos autonómicos y los federales. Para tener una visión del singular modelo resultante del Estado unitario-autonómico derivado de la Constitución española de 1978, *vid.* AJA, Eliseo: *El Estado Autonómico. Federalismo y hechos diferenciales*, Madrid, Alianza Editorial, 1999. Simplificando, este autor apunta que el estado autonómico español contendría los elementos esenciales de los federalismos actuales, especialmente los de tipo europeo; no obstante, existirían dos importantes aspectos que lo diferencian de los modelos federales: la ausencia de una cámara territorial que represente a las comunidades autónomas y tenga capacidad real de participar en la formación de la voluntad del conjunto del Estado (el Senado actual no cumpliría este cometido); y la diferente naturaleza de los estatutos de autonomía en relación con las constituciones de



en puridad ambos modelos (dual y cooperativo) han tendido a confluir con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, ya que los estados de bienestar resultantes configuraron que los distintos tipos de Estado federal fueran *de facto* en mayor o menor grado, cooperativos<sup>162</sup>. No obstante, y aunque pueda parecer paradójico, el mayor exponente del federalismo cooperativo actual, Alemania, ha efectuado una reforma constitucional en el año 2006 que atenúa la interdependencia del modelo y da más capacidad para actuar por si mismos a cada nivel territorial<sup>163</sup>.

En definitiva, la esencia del federalismo no se encontraría tanto en un determinado conjunto de organizaciones como en la institucionalización de las relaciones entre los interesados de la vida política, por lo que “una vez creadas las relaciones apropiadas, se pueden desarrollar una gran variedad de estructuras políticas, siendo todas ellas coherentes con los principios federales”<sup>164</sup>. Así, conforme a lo expuesto por Fleiner-Gerster, a lo largo de la historia el federalismo ha sido:

- “- un freno a la concentración de un poder excesivamente fuerte en manos de un gobierno central;
- un medio para proteger a las minorías;
- un sistema que permite garantizar la libertad y la independencia de las comunidades locales;
- una estructura constitucional que permite contemplar la unificación de los Estados pequeños y débiles, sin destruir por ello su identidad nacional y su soberanía;
- una posibilidad de salvaguardar las pequeñas democracias existentes en el seno de democracias más importantes;
- un medio de poner fin a las vastas burocracias inhumanas gracias a la descentralización del poder hacia autoridades más próximas y mejor controladas por sus ciudadanos;
- una forma de otorgar a los ciudadanos la posibilidad de participar en los procesos de decisión a nivel local”<sup>165</sup>.

---

los estados federados en cuanto al procedimiento de elaboración y reforma que, en el caso de los estatutos, precisan siempre del acuerdo con el poder central, *vid.* en especial pp. 36-39 y 81-87. Por ello, el Estado autonómico seguiría siendo, a efectos de su naturaleza, unitario; bien es verdad que Hesse y González-Encinar también añadían el calificativo de unitario al Estado federal, sobre la base de que todo Estado persigue la unidad (de poder y de decisión), *vid.* HESSE, Konrad: *Der unitarische Bundesstaat*, Karlsruhe, 1962, y GONZÁLEZ ENCINAR, José Juan: *El Estado unitario-federal*, Madrid, Tecnos, 1985.

<sup>162</sup> *Vid.* AJA, Eliseo: *El Estado...*, pp. 27-31 en las que también repasa las características fundamentales del modelo dual y cooperativo.

<sup>163</sup> *Vid.* ALBERTÍ ROVIRA, Enoch: “Las reformas territoriales en Alemania y en España y la sostenibilidad del paradigma autonómico español”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 78, (2006), pp. 9-42. El modelo diseñado por la Ley Fundamental de Bonn y, en particular, las nuevas relaciones entre *Bund* y *Länder* derivadas de la reforma constitucional también pueden verse en STERN, Klaus: *Jurisdicción constitucional y legislador*, Madrid, Dykinson, 2009, pp. 85-136.

<sup>164</sup> ELAZAR, Daniel J.: *Exploración...*, p. 32.

<sup>165</sup> FLEINER-GERSTER, Thomas: “El federalismo suizo: la influencia del federalismo americano”, en Fleiner-Gerster *et alii*, *El federalismo en Europa*, Barcelona, Hacer, 1993, p. 12.

En suma, el federalismo, que no es sólo territorial (aunque el ámbito territorial es el que nos interesa en esta tesis doctoral) combina unidad y diversidad siendo la vía para equilibrar las fuerzas centrífugas o centrípetas que operan en su interior y evitar las tensiones entre ellas. Una “unidad que es sinónimo de coordinación, participación y solidaridad, y una diversidad que significa respeto a las diferencias y especificidades, todo lo contrario de la homogeneidad y la uniformidad”<sup>166</sup>.

## B. Estado federal *versus* confederación y otras figuras afines

Cuando examinamos un Estado federal, lo primero que tenemos que tomar en consideración es el proceso que ha desembocado en su creación o configuración. O dicho de otra manera: un Estado federal puede serlo a partir de la unión de varios estados hasta entonces independientes o con una menor vinculación entre ellos (como la confederación que veremos a continuación) en lo que se conoce como federalismo integrativo; o puede serlo por la división de un Estado preexistente a través de lo que se denomina federalismo inverso o devolutivo<sup>167</sup>.

De esta manera, en el proceso que culmina con el establecimiento de un Estado federal, podemos encontrar figuras todavía presentes y de larga tradición histórica, como las Uniones o Ligas y, sobre todo, la Confederación, las cuales tienen en mayor o menor medida, una inspiración federal y representan, cada una en un grado determinado, resultados singulares de lo que podemos denominar como federalismo<sup>168</sup>. Figuras de naturaleza político-constitucional, pero que no siempre son fácilmente distinguibles de las organizaciones internacionales, instrumentos de Derecho Internacional en la que los estados establecen mecanismos de cooperación institucional para alcanzar objetivos comunes sin que su soberanía se vea alterada<sup>169</sup>. Delimitación que todavía sería más dificultosa en el caso de las denominadas organizaciones internacionales de integración, caracterizadas por la cesión de competencias en su favor

<sup>166</sup> ROJO SALGADO, Argimiro: *El modelo...*, p. 33.

<sup>167</sup> Vid. LÓPEZ ÁLVAREZ, Luis Felipe: *Federalismo y administración única en la Constitución*, Santiago de Compostela, EGAP, 1997, p. 21.

<sup>168</sup> En este sentido, el profesor Elazar hablaba de “variedad de modelos federales” incluyendo Federaciones, Uniones, Asociaciones, Confederaciones o Ligas, *vid. ibídem*, pp. 64-91.

<sup>169</sup> Esta sería la configuración de las organizaciones internacionales clásicas, también llamadas de cooperación y que tendrían un progresivo desarrollo a partir de la Segunda Guerra Mundial. Según Cancela Outeda, tendrían cuatro características básicas: composición interestatal, base jurídica convencional, estructura orgánica permanente e independiente y autonomía jurídica, *vid. CANCELA OUTEDA, Celso: El proceso de...*, p. 83.

efectuada por los estados que forman parte de ella, siendo ejercitadas a través de órganos con capacidad para actuar directamente sobre los ciudadanos<sup>170</sup>.

Efectuada esta aclaración, estamos en posición de deslindar los caracteres de la Confederación y de la Federación. Sintetizando, la Confederación (*Staatenbund*) se caracteriza por ser una unión para una serie de fines y objetivos determinados y limitados (fundamentalmente seguridad interior y exterior, con exclusión del *ius belli* entre los miembros), está dotada de un órgano compuesto por mandatarios de los estados (la Dieta o Congreso, que se caracteriza por su debilidad), donde los estados miembros son realmente soberanos (por tanto, la Confederación pertenece al Derecho Internacional y se construye sobre la base de un Tratado Internacional) y las actuaciones del ente confederal no afectan directamente a los ciudadanos, sino que los vinculados son los estados<sup>171</sup>. El concepto de Federación (*Bundesstaat*) sería diferente: la relación entre gobierno federal y ciudadanos es directa, estamos ante una entidad jurídico-política (sustentada en una Constitución), no jurídico-internacional, el ente federal es realmente fuerte, y no se trata de cumplir objetivos *ad casum*, sino de un objetivo general que vincula al ente federal y a las entidades federadas, implicando un mínimo de coordinación y participación mutua<sup>172</sup>.

Llegados a este punto, Elazar fija tres requisitos esenciales sin los que no habría un sistema que en puridad pudiera denominarse federal: una Constitución escrita que disponga cómo se divide el poder, cuya alteración sólo podría darse por procedimientos extraordinarios; la no centralización, por la que se garantiza que los poderes que ejercen las distintas entidades territoriales (Federación y estados) no pueden ser eliminados sin el mutuo consentimiento; y una división interna del poder y de la autoridad por áreas

<sup>170</sup> Vid. *ibidem*, p. 92. Canela Outeda formula algunas objeciones en relación con las organizaciones internacionales de integración: primero, aún siendo una categoría del Derecho Internacional, sus funciones superarían a una confederación y resultaría dificultoso diferenciarlas de las fórmulas federales en sentido amplio; segundo, parece un modelo creado *ad hoc* para la Unión Europea; tercero, la práctica contribuye a relativizar la diferencia entre elementos de cooperación e integración que muchas veces aparecen intercambiados o mezclados; cuarto, afectan a materias tradicionalmente reservadas a los estados (defensa, moneda, comercio exterior, etc.) acercándose más a una forma de organización política que a una organización internacional; finalmente, y conectado con lo anterior, su terminología y su problemática (distribución de competencias, democratización, derechos fundamentales) es más propia del mundo federal-constitucional que del internacional, *vid. ibidem*, pp. 93-95.

<sup>171</sup> La Pergola recoge un modelo singular de confederación, de tipo moderno, que involucraría tanto a los estados como a los individuos de los mismos, *vid.* LA PERGOLA, Antonio: *Los nuevos senderos del federalismo*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994, pp. 124-127; en general, *vid.* pp. 124-127 en las que se analizan las similitudes y diferencias entre Estado federal y Confederación.

<sup>172</sup> Vid. GARCÍA-PELAYO Y ALONSO, Manuel: *Derecho constitucional...*, pp. 241-242.

para asegurar precisamente la no centralización. A estos rasgos básicos habría que añadir las líneas directas de comunicación entre la población y la Federación, que para Elazar implicarían, en cierto sentido, una nacionalidad común indispensable para el buen funcionamiento de un sistema federal<sup>173</sup>. Pandelides, por su parte, distingue tres elementos: el efecto directo sobre los ciudadanos, tanto de los estados como de la Federación; existencia de coordinación entre el gobierno central y el de los estados; y cláusula de competencia residual a favor de los últimos<sup>174</sup>.

En suma, como expone el profesor Bothe, para que un Estado tenga el calificativo de federal han de darse cinco elementos capitales: la división en unidades territoriales; que dichas unidades territoriales tengan autonomía (que sería diferente según los casos, pero en todos ellos relevante); participación de estas unidades en la formación de la voluntad federal por medio de una segunda cámara en el Parlamento de la Federación; garantía de esta estructura en una Constitución cuya reforma estará sujeta a procedimientos especiales; y configuración de una instancia *ad hoc* para resolver los conflictos que se puedan plantear entre los entes que integran la Federación<sup>175</sup>.

No obstante, parte de la doctrina seguía sin aceptar la diferenciación entre Federación y Confederación. Así, Kelsen relativizaba la distinción por su naturaleza y origen (política una, internacional otra), considerando que lo que prima es el mayor número de competencias que las autoridades de la Federación tienen respecto a sus análogas en la Confederación, por lo que estaríamos ante una cuestión de grado de centralización o descentralización<sup>176</sup>. Por su parte, Schmitt rechazaba la distinción técnica entre Federación y Confederación, considerando que “eleva a nota característica del concepto cualquier particularidad interesante para la situación política del momento”<sup>177</sup>, de forma que la Federación (cuyo término englobaría tanto a la Confederación de estados como al Estado federal) se caracteriza por ser un pacto

<sup>173</sup> Vid. ELAZAR, Daniel J.: *Exploración...*, pp. 197-215. Salvando las distancias, esta idea recuerda la “exigencia de homogeneidad” para salvar las antinomias jurídicas y políticas de la *Federación*: la Federación tendría como fin la conservación de la independencia política de cada miembro que, sin embargo, queda disminuida al pertenecer a ella; la independencia política de cada miembro frente a la progresiva intervención de la Federación en sus asuntos internos; y la coexistencia política de la Federación y de los estados, vid. SCHMITT, Carl: *Teoría...*, pp. 352-359.

<sup>174</sup> Vid. PANDELIDES, Andreas E.: *Federal...*, pp. 59-67.

<sup>175</sup> Vid. BOTHE, Michael: *Die Kompetenzstruktur des modernen Bundesstaates in rechtsvergleichender Sicht*, Berlin-Heidelberg-New York, Springer, 1977, p. 10.

<sup>176</sup> Vid. KELSEN, Hans: *Teoría...*, p. 347.

<sup>177</sup> SCHMITT, Carl: *Teoría...*, p. 348.

constitucional y de carácter permanente, vinculando en su existencia política a los estados miembros, al tiempo que también se reconoce a estos dicha existencia; así tendría un *ius belli* hacia el exterior, y un derecho de control (y en su caso, intervención) hacia el interior<sup>178</sup>.

En todo caso, admitiendo la diferenciación entre los conceptos de Federación y Confederación, podemos encontrar entre ambos otras figuras con una naturaleza menos definida aunque inspiradas en principios de cariz federal para dar cabida a sus heterogéneas realidades internas<sup>179</sup>: las Uniones, bien sean personales “cuando las Coronas de dos Reinos coinciden en la persona de un mismo titular, pero conservándose ambas comunidades estatales independientes y distintas”<sup>180</sup>, siendo por regla general un resultado casual derivado de la aplicación de leyes sucesorias de Coronas distintas (Castilla y Aragón a partir de los Reyes Católicos, o Inglaterra y Escocia tras Isabel I), o reales, donde se mantendría la coincidencia en el titular de dos Coronas distintas, pero el resultado emanaría de un acto deliberado con algún tipo de fundamento jurídico, tendría carácter permanente y usualmente, generaría consecuencias orgánico-constitucionales para cada uno de los estados (Suecia y Noruega entre 1814 y 1905 o Austria y Hungría entre 1867 y 1918)<sup>181</sup>; las Ligas, acuerdo entre entidades políticamente independientes que realizan esfuerzos en común para la consecución de algún objetivo específico (la más conocida en la actualidad sería la Liga Árabe); el Condominio, gobierno conjunto sobre un territorio por parte de otros estados que respetan de forma sustancial su autogobierno que recae sobre sus habitantes (Andorra); el mercado común, que podría entenderse como una forma de confederación centrada en el ámbito económico (en su momento, la Comunidad Económica Europea); o el Estado asociado, como el caso de Puerto Rico, que se concibe bajo una forma de confederación asimétrica que puede ser disuelta unilateralmente por cada una de las partes<sup>182</sup>. Del mismo modo, no podemos dejar de mencionar, aunque sea telegráficamente, la teoría consociacionista, articulada entorno a la idea de mayoría compuesta (lo que la aproximaría al federalismo) y que, para autores como Lijphart<sup>183</sup>, se sustentaría en cuatro elementos (grandes coaliciones,

---

<sup>178</sup> Vid. *ibidem*, pp. 345-352.

<sup>179</sup> Vid. ELAZAR, Daniel J.: *Exploración...*, pp. 26-27 y pp. 70-71.

<sup>180</sup> GARCÍA-PELAYO Y ALONSO, Manuel: *Derecho constitucional...*, p. 205.

<sup>181</sup> Vid. *ibidem*, pp. 206-209.

<sup>182</sup> Vid. ELAZAR, Daniel J.: *Exploración...*, pp. 26-28.

<sup>183</sup> Vid. LIJPHART, Arend: “Consociation and Federation: Conceptual and Empirical Links”, *Canadian Journal of Political Science*, nº 12, (1979), pp. 499-515.

autonomía segmentada con un procedimiento de toma de decisiones delegado lo máximo posible, proporcionalidad, y derecho de la minoría al veto)<sup>184</sup>.

En definitiva, y para concluir este apartado, hay que tener presente que incluso dentro de la versión más perfeccionada del federalismo, el Estado Federal o Federación, existen diferentes sistemas, con rasgos diferenciados entre sí, que no por ello dejan de ser federales<sup>185</sup>. Estamos, por consiguiente, ante un fenómeno abierto y flexible; en suma, un proceso de naturaleza evolutiva.

### C. Elementos configuradores del sistema federal

Como expone el profesor García-Pelayo, el Estado federal supone “un Estado en el que la unidad y la diversidad, la centralización y la descentralización, se resumen en una unidad dialéctica caracterizada por una específica conexión de las relaciones de coordinación, supra y subordinación e inordinación, de tal manera que todas ellas se condicionan y complementan recíprocamente”<sup>186</sup>.

<sup>184</sup> No obstante, como expone Elazar, “los sistemas federales dependen de mayorías dispersas, generalmente territoriales, mientras que los consociacionistas dependen de mayorías concurrentes, que por lo general poseen un carácter aterritorial”, ELAZAR, Daniel J.: *Exploración...*, p. 42. El consociacionismo incide en la existencia de conjuntos permanentes de carácter religioso, étnico, cultural, social, partidos o grupos alrededor de los que se organiza el Estado, de modo que “los regímenes consociacionistas son más duraderos cuando funcionan en el seno de estados federales”, siendo sus principales exponentes Suiza y Bélgica, *ibidem*, pp. 44-45.

<sup>185</sup> Como dice Martín y Pérez de Nanclares “el concepto *Bundesstaat* [...] no tiene el mismo significado jurídico en la Ley Fundamental de Bonn (art. 20) que en la Constitución austríaca (art. 2), ni el término *Federation* de la Constitución de los Estados Unidos de América, equivale al de *Federal Commonwealth* de la Constitución australiana (preámbulo) ni al de *Bund* de la Constitución suiza (art. 1) ni mucho menos al de Federación en la actual Constitución rusa (art. 1.1)”, MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José: *El sistema de competencias de la Comunidad Europea*, Madrid, McGraw Hill, 1997, pp. 35-36. Ahora bien, la ausencia de un modelo de Estado federal único no impide, como bien dice Martín y Pérez de Nanclares, que podamos categorizar dos modelos históricos típicos de los cuales, directa o indirectamente la UE recibirá influencia: el de Filadelfia (por la Constitución norteamericana de 1787) y el de Bonn (por la Ley Fundamental de 1949); no obstante, como hemos puesto de manifiesto anteriormente, la antigua distinción entre federalismo dual norteamericano y el cooperativo de raíz germana ya no es tan nítida desde la adopción en los Estados Unidos, durante los años treinta del siglo XX, de un modelo más cercano al federalismo cooperativo, *vid.* MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José: “The Federal Elements of the European Union”, *Zeitschrift für Europarechtliche Studien*, nº 4, (2001), pp. 598-601. De hecho, el federalismo cooperativo tuvo un importante desarrollo en los Estados Unidos en el contexto del *New Deal* y las medidas adoptadas contra la Gran Depresión, destacando la aportación doctrinal de Clark, *vid.* CLARK, Jane Perry: *The Rise of a New Federalism: Federal-State Cooperation in the United States*, New York, Columbia University Press, 1938.

<sup>186</sup> GARCÍA-PELAYO Y ALONSO, Manuel: *Derecho constitucional...*, pp. 233-234. De este modo, “las solas relaciones de coordinación disolverían la unidad del Estado; las de supra y subordinación lo convertirían en un Estado centralizado puro, y no sería posible la coexistencia entre ambos grupos de relaciones más que gracias a la idea de inordinación, la cual, por sí sola, es incapaz de fundar una entidad política”, *ibidem*, p. 234.

Este sistema de relaciones mutuas es esencial a la idea de Estado federal, de modo que, siguiendo el planteamiento formulado por García-Pelayo<sup>187</sup>, es necesario examinarlas con un poco de detalle.

### 1. Las relaciones de supra y subordinación

Sintetizando, las relaciones de supra y subordinación entre el ente federal y los estados federados se sustentan en: a) la autonomía constitucional de éstos se vería condicionada por la Constitución federal; b) el Derecho federal primaría sobre el de los miembros; c) el ente federal dispone de efecto directo sobre los ciudadanos de la Federación y facultades de vigilancia, ejecución y coerción, opera el principio de subsidiariedad y el de no centralización y tanto Federación como estados federados estarán vinculados por el principio de lealtad federal; y d) los conflictos entre los estados federados o con la Federación se resolverían por un Tribunal federal.

a) En los modelos federales, la autonomía constitucional de la que gozan los estados federados vendría a estar condicionada por la propia Constitución federal. De esta forma, a diferencia de los estados soberanos, la autonomía de aquéllos se establece “bajo las condiciones establecidas por la Constitución federal, que limita la capacidad constituyente de los miembros no sólo negativamente, es decir, en el sentido de que no puede estar en contradicción con la Constitución federal o con ciertas normas precisas (especialmente los derechos individuales), sino también positivamente, imponiéndole las formas concretas de su existencia política”<sup>188</sup>.

b) El principio de primacía del Derecho federal, dotado de un marcado componente jurisprudencial, sobresale por encima de los demás principios de naturaleza federal o federalizante.

---

<sup>187</sup> Vid. *ibidem*, pp. 233-240.

<sup>188</sup> *Ibidem*, p. 237. De esta forma, la Constitución federal determina aspectos concretos de la existencia política de los estados federados, como la forma de gobierno. En este sentido, el art. 28.1 de la Ley Fundamental de Bonn dispone que “El orden constitucional de los *Länder* deberá responder a los principios del Estado de Derecho republicano, democrático y social en el sentido de la presente Ley Fundamental. En los *Länder*, comarcas y municipios, el pueblo deberá tener una representación surgida de elecciones generales, directas, libres, iguales y secretas”. Una excepción a este planteamiento se encontraría en el II *Reich* alemán, en el que durante un tiempo convivieron monarquías absolutas y constitucionales y repúblicas, *vid. ibidem*, p. 238.

La historia jurídico-política, al menos con una formulación semejante a la que podemos concebir actualmente, sitúa el origen de este principio en la Constitución norteamericana de 1787, a través de lo que se conoce como la *Supremacy Clause*<sup>189</sup>, que, además de servir de fundamento para la *judicial review*<sup>190</sup>, se convirtió en modelo para ulteriores constituciones de naturaleza federal. De esta forma, dos siglos después, el art. 31 de la Ley Fundamental de Bonn recogería una expresión análoga: el Derecho federal prima sobre el Derecho de los *Länder* (*Bundesrecht bricht Landesrecht*), que serviría de ejemplo para las Comunidades Europeas.

Examinando el funcionamiento de la primacía del Derecho federal en Alemania, Martín y Pérez de Nanclares establece tres consideraciones a la hora de su puesta en práctica: que la disposición federal y estatal resulten aplicables a un mismo supuesto de hecho (no importando si la normativa estatal es anterior o posterior) y sean diferentes las consecuencias jurídicas según la aplicación de una u otra norma; opera con independencia del rango que tenga la norma estatal, aunque se trate de la propia Constitución del Estado federado; y el resultado es el desplazamiento del Derecho estatal contrario al federal, ya sea por medio de su inaplicación (característico, en teoría, de los sistemas de control concreto e incidental como el norteamericano) o a través de su nulidad y el efecto barrera (más en consonancia con los modelos de control abstracto como el alemán)<sup>191</sup>.

c) Paralelamente a la operatividad del principio de primacía del Derecho federal, existen otros principios de marcado cariz federal enmarcados dentro de las relaciones de supra y subordinación que no podemos dejar de mencionar, aunque sólo sea brevemente: el principio de efecto directo, el principio de subsidiariedad (sobre el que

<sup>189</sup> Artículo VI de la Constitución norteamericana: “[...] Esta Constitución y las leyes de los Estados Unidos que de ella dimanen, y todos los tratados que se celebren o vayan a celebrarse bajo la autoridad de los Estados Unidos, constituirán la Ley suprema de la Nación; y los jueces de todos los estados tendrán la obligación de acatarla, a pesar de cualquier disposición contraria que pudiera estar contenida en la Constitución o en las leyes de cualquier estado [...]”.

<sup>190</sup> Lo que se conocería como el control de constitucionalidad de la legislación, explicitado por el juez Marshall, Presidente del Tribunal Supremo norteamericano, en el famoso asunto *Marbury/Madison* de 1803, si bien no se recogía de forma expresa en el texto constitucional de 1787. Con anterioridad a Marshall, Hamilton había esbozado y justificado en *El Federalista* la construcción de este mecanismo de control, *vid.* BLANCO VALDÉS, Roberto: *El valor de la Constitución*, Madrid, Alianza, 1998, pp. 157-165.

<sup>191</sup> *Vid.* MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José: *El sistema...*, p. 78. Este autor reconocía que “la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal no termina, a nuestro juicio, de ser evidente en relación a las consecuencias jurídicas, especialmente con el supuesto efecto barrera” que impide, para el futuro, la entrada en vigor de normas estatales incompatibles con el Derecho federal, *ibidem*.



nos detendremos en el Capítulo Cuarto), el principio de no centralización, la lealtad federal-cooperación leal, o la vigilancia y coerción federal.

El efecto directo o aplicabilidad directa significa que el contenido de la Constitución es inmediatamente alegable ante un tribunal por los ciudadanos sin necesidad de desarrollo normativo por el legislador<sup>192</sup>, no siendo una nota exclusiva de las constituciones federales<sup>193</sup>, si bien en el ámbito federal la aplicabilidad directa está implícita. Y ello porque “las uniones federales resultan de un acuerdo entre las partes, lo cual conlleva que estén dispuestas a cumplirlo”<sup>194</sup> y “la previsión de un órgano para dirimir las controversias entre los Estados miembros y la Federación lleva consigo la aplicación de los preceptos constitucionales, en particular, de los referidos al reparto competencial”<sup>195</sup>. En realidad, el efecto directo es un rasgo inherente a la naturaleza del Estado federal<sup>196</sup> y, como hemos visto anteriormente, uno de los rasgos que lo diferencian de otras fórmulas de federalismo *lato sensu* como la confederación.

El principio de no centralización significa que “sean cuales fueren los poderes compartidos en un momento dado entre el gobierno general y las otras partes, la autoridad para ejercerlos no puede ser retirada de ninguna de ellas excepto por mutuo consentimiento”<sup>197</sup>. Además, la no centralización puede suponer que existan ciertas materias ajenas al pacto que originó la unión federal respecto de las que no podrían intervenir las autoridades federales al no tener título jurídico para ello<sup>198</sup>, ya que las partes pactantes se habrían reservado para sí ciertas facultades<sup>199</sup>. Este principio tendría, por consiguiente, una naturaleza claramente política<sup>200</sup> que no habría que confundir con la descentralización de carácter administrativo<sup>201</sup>.

---

<sup>192</sup> Vid. CANCELA OUTEDA, Celso: *El proceso de...*, pp. 226-227. Del mismo modo, la normativa federal de rango infraconstitucional también sería directamente aplicable.

<sup>193</sup> Como hemos visto, el carácter normativo directo está hoy en día muy extendido en el constitucionalismo comparado, lo que no significa que se presuponga de todos y cada uno de los preceptos que integran cada Constitución.

<sup>194</sup> CANCELA OUTEDA, Celso: *El proceso de...*, p. 229.

<sup>195</sup> *Ibidem*.

<sup>196</sup> Vid. ELAZAR, Daniel J.: *Exploración...*, pp. 197-215; en el mismo sentido, vid. PANDELIDES, Andreas E.: *Federal...*, pp. 59-67.

<sup>197</sup> ELAZAR, Daniel J.: *Exploración...*, p. 211.

<sup>198</sup> Vid. CANCELA OUTEDA, Celso: *El proceso de...*, p. 209-210.

<sup>199</sup> Vid. PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos: *El ejemplo constitucional de Inglaterra*, Madrid, Universidad Complutense, 1992, p. 92.

<sup>200</sup> Como expone el profesor Cancela, incluso antes de la *devolution* que en 1997 permitió a Escocia recuperar su Parlamento y autonomía formal, disponía de materias inaccesibles para el Parlamento

El principio de lealtad federal implica la exigencia de un comportamiento leal en las relaciones que se entablan entre los diferentes niveles territoriales que forman parte de la Federación. Es decir, entre el poder federal/central y los poderes federados/periféricos y, a su vez, entre éstos últimos.

Tradicionalmente se trataba de un principio no escrito relacionado con los principios propios del Derecho Internacional de buena fe y *pacta sunt servanda* cuyos precedentes podrían situarse en la Constitución alemana de 1871 y en el Derecho constitucional suizo, si bien sus rasgos más definitorios han sido desarrollados por el Tribunal Constitucional alemán<sup>202</sup>, cuyo influjo serviría para la consolidación de este principio en el Derecho Comunitario<sup>203</sup>.

De esta forma, la lealtad federal (*Bundestreue*) sería entendida por el Tribunal Constitucional germano como un principio justiciable bidireccional<sup>204</sup> que regiría las relaciones entre el *Bund* y los *Länder*, así como las relaciones entre ellos, estando jurídicamente obligados a ejercitar sus competencias respectivas de forma leal y respetando el interés común<sup>205</sup>.

Finalmente, en los modelos federales “existe una inspección y vigilancia federal sobre las funciones de los Estados miembros y especialmente sobre la administración;

británico como el Derecho o la religión que Escocia retuvo como propias a pesar de su incorporación al Reino Unido en 1707, *vid.* CANCELA OUTEDA, Celso: *El proceso de...*, pp. 210-211.

<sup>201</sup> Al ser un instrumento administrativo, lo que se descentraliza también puede ser centralizado, como ocurrió con el Parlamento de Irlanda del Norte, que fue suspendido unilateralmente por el Parlamento británico en el marco del conflicto norirlandés, *vid. ibidem*, p. 211; en la última década, como consecuencia de los *Acuerdos de Viernes Santo* de 10 de abril de 1998, el Parlamento norirlandés reanudó su actividad. En España, el Derecho foral de Navarra, con una naturaleza preexistente a la propia Constitución podría concebirse como un ejemplo de no centralización, *vid.* PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos: *El ejemplo...*, p. 92.

<sup>202</sup> Por la propia naturaleza de la lealtad federal “el *hábitat* originario de este principio es del federalismo de ejecución o de cooperación”, no teniendo fácil acogida en el federalismo dual, si bien tampoco habría que excluirlo, CANCELA OUTEDA, Celso: *El proceso de...*, p. 203.

<sup>203</sup> *Vid.* MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José: *El sistema...*, p. 52.

<sup>204</sup> En lo que respecta a su efectividad, “hay que destacar que en Alemania el Tribunal Constitucional federal lo ha utilizado para anular ciertas medidas federales y estatales por considerar que contravenían las obligaciones que derivan de él”, CANCELA OUTEDA, Celso: *El proceso de...*, p. 204.

<sup>205</sup> *Vid.* MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José: *El sistema...*, p. 55. Los deberes derivados de este principio serían de hacer y de abstención. Entre los primeros podrían citarse la obligación de transmisión mutua de información y de cooperación o el mantenimiento de un estilo cordial en las negociaciones que se entablen entre ambos entes; en relación con los segundos, estaría la prohibición de un ejercicio abusivo de las competencias propias, la prohibición de ir contra los actos propios o la prohibición de la fórmula *tu quoque* (ante un incumplimiento se respondería con otro). Además, de este principio también se derivaría que los *Länder* con más capacidades económicas están obligados a apoyar económicamente a aquéllos que tengan menos, lo que iría ligado a la solidaridad y a la cohesión territorial, *vid. ibidem*, pp. 54-55.

inspección que tiene particular importancia en aquellos países en que las funciones ejecutivas de la Federación son llevadas a cabo por los Estados miembros”<sup>206</sup>. Por ello, probablemente sea en Alemania donde esta institución de la vigilancia federal haya tenido una mayor concreción (denominándose *Bundesaufsicht*), a través de un sistema que asegura la correcta ejecución de las leyes federales por los *Länder* (arts. 84 y 85 de la Ley Fundamental de Bonn) y el derecho de recabar información e incluso de investigar a través de un comisionado la forma en que el *Land* ha ejecutado la ley federal de que se trate, estableciéndose en caso de persistir el desacuerdo entre *Bund* y *Land* un complejo mecanismo en el que intervendrían el *Bundesrat* y el Tribunal Constitucional que podría terminar en la aplicación de la coerción federal<sup>207</sup>.

Llegamos pues a una nueva institución, la coerción federal (llamada en el Derecho alemán *Bundeszwang*) ligada a la vigilancia federal, pues ésta en última instancia podría desembocar en coerción, pero con caracteres propios. Podría definirse como “un instrumento coercitivo *ultima ratio* para asegurar el mantenimiento del principio federal”, prevista ya en la Constitución norteamericana (art. I, sección 8, cláusula 15)<sup>208</sup> y desarrollada en el art. 37 de la Ley Fundamental de Bonn<sup>209</sup> que sirvió de referencia para el art. 155 de la Constitución española<sup>210</sup>. Esta coerción federal abarcaría, por tanto, un amplio abanico de posibilidades de intervención de la Federación, siendo medidas de gran dureza política-jurídica en relación con el Estado

<sup>206</sup> GARCÍA-PELAYO Y ALONSO, Manuel: *Derecho constitucional...*, p. 239. Esta vigilancia es, por tanto, más característica de los modelos cooperativos, si bien los modelos duales también tienen ciertos mecanismos de vigilancia en relación con la ejecución del Derecho federal. De hecho, “en los Estados Unidos de América la Constitución no prevé instrumentos *ad hoc* de vigilancia federal, pero si [...] recoge supuestos de coerción federal, habrá que presumir una cierta labor de vigilancia previa”, MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José: *El sistema...*, p. 72.

<sup>207</sup> *Vid. ibidem*.

<sup>208</sup> Base utilizada, por ejemplo, para que el Estado de Arkansas aplicara la legislación contra la segregación racial en 1957, *vid. ibidem*, p. 74.

<sup>209</sup> Este precepto dispone que “1. Si un *Land* no cumpliera los deberes federales que la Ley Fundamental u otra ley federal le impongan, el Gobierno Federal, con la aprobación del *Bundesrat*, podrá adoptar las medidas necesarias para obligar al *Land* al cumplimiento de dichos deberes por vía coactiva federal. 2. Para la ejecución de las medidas federales coactivas, el Gobierno Federal o su representante tiene el derecho de impartir instrucciones a todos los *Länder* y a las autoridades de los mismos”.

<sup>210</sup> El art. 155 de la Constitución española prevé que “1. Si una Comunidad Autónoma no cumpliera las obligaciones que la Constitución u otras leyes le impongan, o actuare de forma que atente gravemente al interés general de España, el Gobierno, previo requerimiento al Presidente de la Comunidad Autónoma y, en el caso de no ser atendido, con la aprobación por mayoría absoluta del Senado, podrá adoptar las medidas necesarias para obligar a aquélla al cumplimiento forzoso de dichas obligaciones o para la protección del mencionado interés general. 2. Para la ejecución de las medidas previstas en el apartado anterior, el Gobierno podrá dar instrucciones a todas las autoridades de las Comunidades Autónomas”.

federado incumplidor<sup>211</sup>, por lo que su carácter habría de ser extraordinario y limitado a casos en los que no cabría utilizar ninguna otra vía<sup>212</sup>.

d) Finalmente, todos los modelos federales (y también los autonómicos) poseen un órgano facultado para resolver las controversias que se pueden producir entre los distintos niveles territoriales (fundamentalmente derivadas de la distribución de competencias) y cuyas decisiones son obligatorias para ambos, ya sea de carácter judicial<sup>213</sup> o cuasijudicial<sup>214</sup>. Del mismo modo, este órgano independiente con capacidad de resolución de los conflictos entre los niveles federal y federado, puede sustentarse en el modelo angloamericano de carácter descentralizado (el control corresponde a todos los tribunales de la Federación), incidental (la decisión será en relación con un caso concreto al aplicar una ley) y *a posteriori* (frente a leyes en vigor), o en el europeo de ámbito centralizado (ejercido por un Tribunal único y especializado), abstracto (el control se hace al margen de un caso concreto) y *a priori* (el control se hace incluso antes de la entrada en vigor de una ley)<sup>215</sup>.

## 2. Las relaciones de inordinación

Las relaciones de inordinación implican participación de los estados federados en el nivel federal a través de diversos mecanismos que operan, fundamentalmente, en dos planos: a) en la formación de la voluntad federal; y b) en la reforma de la Constitución de la Federación.

<sup>211</sup> Como recoge el profesor Nanclares para el mecanismo vigente en Alemania, la coerción federal podría llegar incluso a la “asunción provisional por la Federación de los poderes del *Land* mediante la suspensión de los órganos ejecutivos y legislativos (en ningún caso el judicial), adoptar las medidas legislativas sustitutorias (*Ersatzvornahme*) o, en casos extremos, el empleo de fuerzas policiales de la Federación (*Bundesgrenzschutz*) o de otros *Länder*, e incluso de fuerzas militares (*Bundeswehr*)”, MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José: *El sistema...*, p. 76.

<sup>212</sup> No obstante, en el caso de Alemania, el gobierno federal no estaría obligado a acudir previamente al Tribunal Constitucional para constatar el incumplimiento, siendo necesario únicamente el apoyo del *Bundesrat*, *vid. ibídem*, p. 75.

<sup>213</sup> Sería el caso del Tribunal Supremo norteamericano según lo previsto en el art. III, sección 1 y 2 de la Constitución de los Estados Unidos, o el Tribunal Constitucional alemán conforme al art. 93 de la Ley Fundamental de Bonn.

<sup>214</sup> El Tribunal Constitucional español conforme a lo previsto en el art. 161.1 c) de la Constitución.

<sup>215</sup> De todas formas, la separación entre ambos modelos no es en la actualidad tan rígida. De hecho, en el ámbito europeo el control previo tiene en la actualidad una presencia menor; en este sentido, debemos recordar que en España se suprimió el recurso previo de inconstitucionalidad previsto hasta entonces en el Capítulo II del Título VI de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, reguladora del Tribunal Constitucional, por medio de la Ley Orgánica 4/1985, de 7 de junio. Sobre los modelos de control de constitucionalidad, *vid.* FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio: *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, Madrid, Tecnos, 2007.

a) La participación de los estados federados en la formación de la voluntad federal nos lleva a otro elemento intrínseco al federalismo: el bicameralismo del Parlamento o cámara encargada de la legislación, rasgo distintivo y esencial a los modelos federales y que, de alguna manera, también podría incluirse dentro de las relaciones de coordinación<sup>216</sup>. En realidad, como consecuencia de los principios anteriormente expuestos, que en términos generales operan a favor de la Federación, todos los sistemas federales prevén una cierta participación de los estados en la formación de la voluntad federal<sup>217</sup>.

De esta forma, los diferentes modelos coinciden en la existencia de una estructura orgánica integrada por dos cámaras legislativas: aquélla que representa a la población del conjunto de la Federación compuesta por representantes del pueblo federal en su totalidad y elegida sin referencia a los estados miembros, y aquélla que representa a los territorios (estados, *Länder*, etc.) que componen la misma. Por consiguiente, tal como recoge García-Pelayo, tendríamos una “cámara nacional” formada por representantes del pueblo federal y una “cámara federal” integrada por los representantes de los estados<sup>218</sup>, si bien las denominaciones concretas varían según el Estado federal de que se trate: la cámara federal o cámara alta que representa a los territorios sería el *Bundesrat* en Alemania o el Senado en los Estados Unidos; la cámara nacional o cámara baja que representa al pueblo federal sería el *Bundestag* en Alemania o la Cámara de Representantes en los Estados Unidos<sup>219</sup>.

Este sistema será más federal cuanto más paritarias y parejas sean las relaciones entre ambas cámaras, lo que hace necesario que no exista desequilibrio entre los poderes de cada una<sup>220</sup> y que, por tanto, estén plenamente garantizadas las vías de participación de los estados federados en la formación de la voluntad estatal. Para ello debemos

---

<sup>216</sup> Como expone García-Pelayo, “las relaciones de coordinación no sólo tienen lugar en la distribución territorial de competencias entre la Federación y los Estados, sino también en la estructura orgánica de la Federación en cuanto que es esencial a ésta la coexistencia de dos Cámaras”, GARCÍA-PELAYO Y ALONSO, Manuel: *Derecho constitucional...*, p. 237.

<sup>217</sup> Esta característica se había configurado como un elemento estructural del federalismo desde la temprana Teoría del Estado federal, *vid.* JELLINEK, G.: *Allgemeine Staatslehre*, Berlín, Häring, 1914, pp. 780-781.

<sup>218</sup> *Vid.* GARCÍA-PELAYO Y ALONSO, Manuel: *Derecho constitucional...*, p. 237.

<sup>219</sup> No obstante, como en toda regla general existen excepciones, de modo que también podemos encontrar algún Estado federal, como los Emiratos Árabes Unidos, que no tienen una segunda cámara, *vid.* FLEINER-GERSTER, Thomas: “El federalismo...”, p. 27; de todas formas, incluso en este caso, existe un Consejo Supremo compuesto por los gobernantes de los siete emiratos que conforman la Federación.

<sup>220</sup> *Vid. ibídem.*

atender tanto a los mecanismos de elección de los representantes de los estados en la cámara territorial, como a los poderes que ésta ostente.

Respecto a la elección, podemos distinguir dos procedimientos distintos: elección por el cuerpo electoral de los estados federados, tal como sucede en los Estados Unidos desde la aprobación de la enmienda XVII en 1913<sup>221</sup> o elección por los propios estados federados, tal como acontece en Alemania<sup>222</sup>.

Esta decisión, relativa al mecanismo de elección, puede establecerse en la propia Constitución federal (caso norteamericano y alemán) o, por el contrario, quedar en manos de la normativa interna de cada Estado federado, lo cual no sería habitual. A su vez, dentro de la cámara territorial las relaciones entre los estados federados pueden ser de paridad o de hegemonía. El criterio de paridad en la representación de cada Estado federado atiende a un principio cualitativo genuino al Estado federal y es el establecido en la Constitución norteamericana, por la que cada Estado tiene dos senadores con independencia de su población<sup>223</sup>. Por su parte, el criterio de hegemonía implica desigualdad en el número de representantes que cada Estado tenga ante la cámara territorial, motivado por las diferencias de población entre los diferentes estados federados conforme a un criterio cuantitativo<sup>224</sup> como el que, con matices, rige en la Ley Fundamental de Bonn<sup>225</sup>.

<sup>221</sup> “El Senado de los Estados Unidos se compondrá de dos Senadores por cada Estado, elegidos por el pueblo del mismo, por un término de seis años”. Anteriormente, los senadores eran elegidos por la legislatura (estatal) correspondiente (art. I, sección 3). Australia o Suiza serían otros ejemplos de elección por sufragio universal, *vid.* MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José: *El sistema...*, p. 84.

<sup>222</sup> El art. 51.1 de la Ley Fundamental de Bonn dispone que “El *Bundesrat* se compone de miembros de los gobiernos de los *Länder*, que los designan y los cesan. Pueden ser representados por otros miembros de sus respectivos gobiernos”. En el caso de Austria, el art. 35 de su Constitución prevé que serán los Parlamentos de los *Länder* quienes designen a estos representantes en la cámara alta.

<sup>223</sup> *Vid.* art. I, sección 3. Otros ejemplos de representación igualitaria de los estados podemos encontrarlos en Suiza, Australia o Canadá, *vid.* MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José: *El sistema...*, p. 83.

<sup>224</sup> Como expone el profesor García-Pelayo, el criterio cuantitativo implica que “los Estados miembros tienden a perder su situación de grupos individualizados para quedar disueltos en el cuerpo electoral general [...] con lo que tiende a desaparecer la diferencia entre el método de reclutamiento de la Cámara Federal y el de una Cámara legislativa ordinaria”, GARCÍA-Pelayo y ALONSO, Manuel: *Derecho constitucional...*, p. 240.

<sup>225</sup> Conforme al art. 51.2 “cada Land tiene, por lo menos, tres votos. Los *Länder* de más de dos millones de habitantes tienen cuatro; los de más de seis millones, cinco y los de más de siete millones, seis”. No obstante, el criterio cuantitativo presente en este precepto de la Ley Fundamental de Bonn se vería compensado por el hecho de que los representantes en el *Bundesrat* lo serían de los gobiernos de los *Länder*, “con lo que se introduce un elemento cualitativo federal de representación”, GARCÍA-Pelayo y ALONSO, Manuel: *Derecho constitucional...*, p. 240. Por su parte, el Senado español, conforme a lo previsto en el art. 69 de la Constitución, combina ambos criterios: cada provincia (con el matiz de aquéllas de carácter insular y de Ceuta y Melilla) elegiría cuatro senadores por sufragio universal, libre,

Finalmente, estos representantes de los estados federados en la cámara territorial podrían gozar de un mandato representativo, lo que sería el supuesto habitual y el modelo norteamericano; o de un mandato imperativo por el que dichos representantes estarían obligados a seguir las instrucciones emanadas de los respectivos estados federados, como los miembros del *Bundesrat* obligados a votar según los criterios establecidos por los propios gobiernos de los respectivos *Länder*, produciéndose una cierta similitud con el Consejo de Ministros de la Unión Europea<sup>226</sup>.

En cuanto a los poderes, la dualidad orgánica de los modelos federales se sustenta, como expusimos previamente, en el establecimiento de vías de participación de los estados federados en la formación de la voluntad federal. En este sentido, resultan paradigmáticos los casos de los Estados Unidos y Alemania que, aun correspondiendo a tipologías federales distintas, prevén en ambos casos dichos canales de participación que, de modo sintético, recogemos a continuación.

Así, el Senado norteamericano tiene importantes funciones de carácter legislativo, incluyendo la aprobación del presupuesto, en las que está en pie de igualdad con la Cámara de Representantes; pero además, le corresponde al Senado la ratificación de los tratados internacionales o la confirmación de nombramientos presidenciales de altos cargos del gobierno federal como embajadores, ministros o jueces del Tribunal Supremo (art. II, sección 2) lo que supone, en definitiva, una cierta preeminencia de la cámara alta norteamericana<sup>227</sup>, a lo que también ayuda la composición de la misma y la duración del mandato de sus miembros<sup>228</sup>.

---

igual, directo y secreto (art. 69.2) pero además, cada Comunidad Autónoma designará un senador y otro más por cada millón de habitantes de su respectivo territorio (art. 69.5); la polémica en cuanto al papel del Senado estribaría, a nuestro juicio, en sus funciones más que en su composición.

<sup>226</sup> De este modo, *Bundesrat* y Consejo de la UE tendrían o carecerían de la misma legitimidad democrática: “En el caso europeo miembros de los Gobiernos de los Estados miembros y, por tanto, controlados por sus respectivos Parlamentos Nacionales democráticamente legitimados. Y en el caso de los *Länder* miembros de los Gobiernos regionales que también han de rendir cuentas ante sus respectivos Parlamentos”, MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José: *El sistema...*, p. 86.

<sup>227</sup> Como refleja Nanclares, “En Estados Unidos ambas gozan de un poder semejante en la elaboración de las leyes, y ambas tienen que respaldar la aprobación de una ley. En la práctica, sin embargo, se considera superior la influencia política del Senado que la de la Cámara de Representantes”, *ibidem*, p. 84. En sentido similar se pronuncia Fleiner-Gerster, quien apunta que “la igualdad de la representación de los Estados federados en el Senado estadounidense, sin tomar en cuenta las dimensiones del Estado federado, así como la concesión al Senado de poderes legislativos sensiblemente iguales a los de la Cámara de Representantes constituyeron un compromiso de carácter decisivo de cara al equilibrio entre los Estados federados grandes y pequeños”, FLEINER-GERSTER, Thomas: “El federalismo...”, p. 27.

<sup>228</sup> El Senado se compone de 100 miembros elegidos por un período de seis años que se renuevan por tercios. La Cámara de Representantes tiene 435 miembros elegidos por mandatos de dos años.

En lo que respecta a Alemania, todas las leyes pasan por el *Bundesrat* y, si bien en la mayoría de los casos el *Bundestag* puede superar el veto de la cámara alta por medio de mayorías cualificadas en las llamadas *Einspruchsgesetze*, existen importantes ámbitos conocidos como *Zustimmungsgesetze* en los que el rechazo del *Bundesrat* implica la no aprobación de la ley. No obstante, Alemania aprobó una importante reforma constitucional el 28 de agosto de 2006 dirigida, entre otras cosas, a “delimitar de forma más nítida y separada las competencias legislativas del *Bund* y de los *Länder*, disminuyendo las interrelaciones existentes, incluyendo la intervención del *Bundesrat* para aprobar ciertas leyes federales”<sup>229</sup> y a modificar el “régimen de ejecución de la legislación federal como administración propia de los *Länder* [...] en el sentido, esencialmente, de limitar la intervención obligatoria del *Bundesrat*”<sup>230</sup>, de forma que “el propio proyecto de reforma estima que el porcentaje de leyes federales que requieren la aprobación del *Bundesrat*, que hoy se sitúa en torno al 60 por 100 del total de la legislación federal, caerá hasta un 35 ó 40 por 100, aproximadamente”<sup>231</sup>.

Paralelamente a este bicameralismo legislativo intrínseco a todos los modelos federales, el resto de poderes (ejecutivo y judicial) también se encuentran sometidos a un proceso de separación territorial con distintas intensidades y enfoques según el modelo federal concreto de que se trate. Así, el federalismo dual de inspiración norteamericana implica dos poderes ejecutivos, dos legislaciones y dos jurisdicciones, de forma que tanto la Federación como el Estado miembro tienen legislación, administración y jurisdicción propias y separadas<sup>232</sup>. Por su parte, “el federalismo

<sup>229</sup> ALBERTÍ ROVIRA, Enoch: “Las reformas...”, p. 16.

<sup>230</sup> *Ibidem*, p. 20.

<sup>231</sup> *Ibidem*, p. 21. No obstante, el apoyo expreso del *Bundesrat* sigue siendo necesario en ámbitos como la reforma constitucional, la distribución de competencias, la distribución de los ingresos tributarios de los *Länder* y el ámbito presupuestario, la fijación de los mecanismos de asunción de responsabilidad, la cláusula de necesidad legislativa o en determinados supuestos de la supervisión federal de la ejecución legislativa. Una relación de las leyes que precisaban el respaldo expreso del *Bundesrat*, anterior a la reforma constitucional de 2006, puede verse en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José: *El sistema...*, p. 89, notas 250 y 251. Como reflejaba este mismo autor, podría establecerse un paralelismo entre este complejo proceso legislativo alemán y el procedimiento de codecisión previsto en el ámbito de la Unión Europea, *vid. ibidem*, p. 88. Probablemente sea en el ámbito competencial donde, aun con las modificaciones introducidas a la Ley Fundamental de Bonn en el 206, se nota la mayor diferencia entre el *Bundesrat* y el Senado español, cuyo marco fundamental de actuación se circunscribe al de cámara de segunda lectura legislativa supeditada en última instancia a la decisión que adopte el Congreso de los Diputados (art. 90 de la Constitución española).

<sup>232</sup> Paradójicamente, la génesis de la doble jurisdicción puede situarse en un Estado no formalmente federal como es el Reino Unido, a partir de la llegada de Guillermo el Conquistador, quien estableció un sistema de tribunales reales que coexistía con los preexistentes tribunales locales anglosajones, cada uno con su propia jurisdicción y competencias. Este sistema sería, con matices, exportado a la Constitución norteamericana de 1787 estableciendo un sistema doble de tribunales (federales y de los estados



cooperativo tiende a que haya dos ejecutivos (federal y estatal), pero casi sólo una jurisdicción (estatal); dos poderes legislativos pero casi sólo una legislación (federal, con participación de los Estados) y casi sólo una administración (la de los Estados miembros)”<sup>233</sup>.

b) La participación de los estados federados en la revisión constitucional o garantía constitucional, implica que la revisión de la Constitución federal se realice conforme a determinados mecanismos que permitan la participación en dicha reforma de los estados miembros de dicha Federación; reforma que presupone algún tipo de pacto entre el nivel federal y el territorial, convirtiéndose en uno de los elementos fundamentales del federalismo.

Por consiguiente, o bien este modelo de organización político-jurídico directamente no se podría alterar por ser un elemento inmodificable consagrado por la propia Constitución al modo de lo dispuesto en el art. 79.3 de la Ley Fundamental de Bonn<sup>234</sup>, o bien la reforma constitucional ha de implicar necesariamente canales de participación de los estados federados para que formen parte del orden constitucional conjunto de la Federación.

Esta participación podría articularse de diferentes maneras: por un lado, a través de derecho de iniciativa de la cámara territorial que representa a los estados federados; por otro lado, por medio de la ratificación de las reformas constitucionales propuestas

---

miembros). Sin embargo, los estados federales europeos apostaron por la vía de que fueran los estados federados los que aplicaran el Derecho federal, lo que llevado al ámbito jurisdiccional suponía que los tribunales de estos últimos se pronunciaran sobre su propio Derecho (del Estado federado) y el del Estado federal, *vid.* FLEINER-GERSTER, Thomas: “El federalismo...”, pp. 20-23.

<sup>233</sup> PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos: *Sistema...*, p. 53. Como acabamos de ver, podemos sintetizar respecto al poder judicial que, con matices, los federalismos duales implican dos judicaturas paralelas e independientes (la de la Federación y la del Estado miembro), mientras que los federalismos cooperativos sustentan la judicatura en los estados federados existiendo un escaso número de tribunales federales, si bien éstos tienen gran importancia cualitativa (como queda de manifiesto en los arts. 95 y 96 de la Ley Fundamental de Bonn). No obstante, Austria, cuyo sistema se encuadraría dentro del federalismo cooperativo, establece que “toda la jurisdicción proviene de la Federación” (art. 82 de la Constitución austriaca), de modo que sus *Länder* carecen de poder judicial propio, lo que podría explicarse por razones históricas derivadas de la monarquía austro-húngara, *vid.* SCHÄFFER, Heinz: “El federalismo austriaco: concepto jurídico y realidad política”, en Fleiner-Gerster *et alii*, *El federalismo en Europa*, Barcelona, Hacer, 1993, p. 95. Por su parte, los estados unitarios-regionalizados poseen un único poder judicial de base central, *vid.* PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos: *Sistema...*, p. 76.

<sup>234</sup> Conforme al art. 79.3 de la Ley Fundamental de Bonn “no está permitida ninguna modificación de la presente Ley Fundamental que afecte la organización de la Federación en *Länder*, o el principio de la participación de los *Länder* en la legislación, o los principios enunciados en los artículos 1 y 20”.

por dicha cámara territorial<sup>235</sup> o por el pueblo de los estados federados o sus propios órganos<sup>236</sup>.

Probablemente éste sea uno de los aspectos en que el sistema cuasifederal español todavía no pueda considerarse plenamente federal, como se constata de la reciente reforma constitucional del art. 135 sobre la que nos detendremos en el Capítulo Tercero, en la que las comunidades autónomas no han tenido ningún papel y la necesaria aprobación del Senado no puede considerarse, desde nuestro punto de vista, como una participación de las autonomías en el proceso mientras no se reforme el Senado y se configure realmente como una cámara de representación territorial.

### 3. Las relaciones de coordinación

La pieza angular de las relaciones de coordinación entre el nivel federal y el nivel federado gira en torno al sistema de distribución vertical o territorial de competencias. Y ello porque en todo modelo federal o cuasifederal es necesario establecer los criterios o principios que guíen la delimitación de competencias entre los dos niveles territoriales: el federal o central y el federado o periférico.

Estos criterios son múltiples, variados y, casi siempre se utilizan de modo combinado: delimitación material o funcional, la cláusula residual por la que los estados federados tienen todas las competencias no expresamente atribuidas a la Federación con la excepción de Canadá<sup>237</sup>, la enumeración en listados que a su vez puede concretarse en uno o en varios, etc. La importancia de la distribución competencial es capital, pues versa sobre el contenido de lo que cada nivel territorial puede hacer y en qué condiciones, de ahí que lo analicemos con más detalle en el epígrafe II del Capítulo Cuarto de esta tesis doctoral.

<sup>235</sup> En el caso alemán, el art. 79.2 de la Ley Fundamental exige para la reforma constitucional “la aprobación de una mayoría de dos tercios de los miembros del *Bundestag* y de dos tercios de los votos del *Bundesrat*.”

<sup>236</sup> Vid. GARCÍA-PELAYO Y ALONSO, Manuel: *Derecho constitucional...*, p. 240.

<sup>237</sup> El federalismo canadiense es además asimétrico, sustentado en cierta medida en una diferenciación de la provincia de Quebec respecto al resto de provincias y a la propia Federación canadiense, en base a unos orígenes distintos (francófilos en Quebec y anglófilos en el resto de Canadá) que perduraron en el tiempo, hasta el punto de producirse dos referendos sobre la secesión de Quebec en 1980 y 1995 con resultado negativo en ambos casos, vid. GAGNON, Alain G.: *Quebec y el federalismo canadiense*, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1998.

Fuera del cuadro de relaciones jurídicas inherentes al federalismo que acabamos de describir, hemos dejado un aspecto de larga discusión doctrinal: la detentación de la soberanía por el ente federal o por los estados federados. Simplificando, puesto que excede al ámbito de este trabajo analizar en profundidad la problemática de la soberanía en los modelos federales, podemos advertir cuatro grandes posicionamientos al respecto: la teoría de la soberanía divisible o cosoberanía por la que Federación y estados federados son soberanos en sus respectivas esferas (*El Federalista*, Tocqueville, Weitz); la teoría por la que los estados federados mantienen su carácter soberano, puesto que la soberanía sería única y si estuviera en manos del poder central lo que tendríamos sería un Estado unitario (Calhoun, Von Seydel); la tesis que, partiendo de la premisa anterior (soberanía indivisible) llega a la conclusión contraria, argumentando que el ente federal es el único detentador de la soberanía (Zorn, Treitschke, Heller); y la teoría de la soberanía superior, de las tres entidades estatales o del tercer término, que parte también de una única soberanía pero que no corresponde a la Federación ni a los estados federados, sino a un conjunto del que forman parte ambos (Haenel, Gierke, Nawiascky)<sup>238</sup>.

De todo lo anterior, aún con matices, podemos extraer una serie de rasgos comunes que creemos indispensables para poder hablar de un sistema con el calificativo de federal. Así pues, es necesario que existan entidades dotadas de autonomía (entidades federadas) integradas en una unidad mayor que las engloba (entidad federal); entre ambas ha de darse un sistema de relaciones mutuas tendentes, al menos teóricamente, a mantener el equilibrio.

De este modo, como veremos en el Capítulo Cuarto, las entidades federadas tienen todas las competencias que no están expresamente atribuidas a la Federación (con la excepción del caso canadiense) pero ésta es titular de competencias ciertamente fundamentales (política exterior o defensa) y dispone de una cláusula (principio de primacía) que le permite imponerse sobre la normativa de los estados en caso de conflicto, amén de otras que le facilitan controlar la actuación de las entidades federadas (principios de vigilancia e, incluso, coerción federal).

---

<sup>238</sup> *Vid.* GARCÍA-PELAYO Y ALONSO, Manuel: *Derecho constitucional...*, pp. 220-231; LUCAS VERDÚ, Pablo: "Federalismo y Estado federal", *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Barcelona, Tomo IX, (1957), pp. 31-33; RUIZ MIGUEL, Carlos: *O Dereito Público de Galicia*, Santiago de Compostela, Universidade de Santiago de Compostela, 1997, pp. 27-28.

Los estados han de tener un mecanismo de participación real en la legislación del conjunto de la Federación, es decir, una cámara territorial que coexista con otra cámara representativa del conjunto de los ciudadanos de toda la federación y que, como tal, es elegida por éstos. La normativa federal resultante estará pues, en cierto modo, legitimada tanto por los estados que integran la Federación como por los ciudadanos, siendo por ello lógico que tenga efecto directo sobre esos mismos ciudadanos sin necesidad de actos estatales de transposición. Con todo, en el seno de estas relaciones pueden surgir conflictos, por lo que se hace necesario un órgano, normalmente de carácter judicial con potestad para resolverlos, teniendo sus decisiones que ser acatadas por ambos niveles, el federal y el estatal. Finalmente han de existir garantías para ambos niveles de que ninguno de ellos pueda alterar unilateralmente estas reglas, reflejándose de modo usual en la propia Constitución.

En suma, como expresó el profesor Fleiner-Gerster a principios de los años noventa del siglo pasado, en un contexto marcado por la desaparición de los regímenes comunistas del Este de Europa que dejaron al descubierto importantes tensiones ligadas a la propia estructura nacional de muchos de esos estados, así como por la puesta en marcha del Tratado de Maastricht por el que se creó la Unión Europea, “el federalismo parece renacer hoy como solución constitucional a los problemas de las minorías, por una parte, y como medio para crear nuevas organizaciones internacionales y supranacionales de Estados soberanos, por otra”<sup>239</sup>.

#### V. RASGOS FEDERALES DE LA CONSTITUCIÓN MATERIAL EUROPEA PREVIOS AL TRATADO DE LISBOA

A la luz de la Teoría federal que acabamos de ver, y a pesar de que la Unión Europea no tiene dimensión estatal, examinaremos ahora los principales rasgos federalizantes de la Unión conforme al modelo vigente hasta la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. Por ello analizaremos en primer lugar el singular modelo que representaba lo que, como hemos visto, denominamos como Constitución material de la Unión Europea. En segundo lugar, veremos las principales aportaciones que, desde principios del siglo y en paralelo a la fallida reforma auspiciada por el Tratado de Niza, se impulsaron en torno al modelo político-jurídico de la Unión y que se traducirían en un largo y complejo

---

<sup>239</sup> FLEINER-GERSTER, Thomas: “El federalismo...”, p. 9.

proceso en distintas fases que se irá desgarnado en los Capítulos Segundo, Tercero y Cuarto de esta tesis doctoral.

#### A. El singular modelo federal en la Constitución material de la Unión Europea

Del mismo modo que anteriormente hemos hablado de una evolución o mutación en la naturaleza de las Comunidades Europeas, que por vía de las sucesivas reformas de los Tratados y, sobre todo, de la acción del Tribunal de Justicia, fue transformándose de un orden jurídico internacional a un ordenamiento de base constitucional, podemos hablar *mutatis mutandis* en términos semejantes de la evolución organizativa del modelo europeo: no es una Organización Internacional ni un Estado; y tampoco estamos ante una Confederación ni una Federación.

En realidad, la Unión Europea tiene algo de todos estos modelos<sup>240</sup> y podemos asumir que cada reforma de sus estructuras ha acentuado su carácter federal; ahora bien, se trataría de un federalismo singular precisamente porque no es equiparable a ninguno de sus coetáneos estatales e integra en su forma de organización rasgos y elementos de diferentes modelos. De ahí que, como veremos a continuación, pueda utilizarse la expresión “federalismo intergubernamental” para referirnos a él, combinando elementos de supranacionalidad (cesión de soberanía) y de intergubernamentalismo (cooperación interestatal)<sup>241</sup>.

Esta dialéctica comunitaria/federal frente a la intergubernamental es incluso anterior a la existencia de las propias Comunidades Europeas y no dejará de ser un continuo foco de tensión desde entonces. De hecho, si prescindimos de los precursores del proceso de integración europea durante el período de entreguerras, como Kalergi<sup>242</sup>

---

<sup>240</sup> No obstante, como ya hemos visto, no tiene mucho que ver con la tradicional configuración del Estado.

<sup>241</sup> El concepto de “federalismo intergubernamental” aplicado al ámbito de la Unión Europea, se debe a los profesores Croisat y Quermonne, *vid.* CROISAT, Maurice - QUERMONNE, Jean-Louis: *L'Europe et le fédéralisme*, París, Montchrestien, 1999, pp. 144-145. Más que en debates nominalistas, en los que podemos encontrar formulaciones diversas (federalismo intergubernamental, federalismo supranacional, federalismo *sui generis*), lo que nos interesa es incidir en la dualidad de la naturaleza de la Unión: por un lado dimensión internacional, por otro político-federal.

<sup>242</sup> El austriaco Coudenhove Kalergi fundó el Movimiento *Pan europea* en 1923, celebrándose tres años después en Viena el Primer Congreso Paneuropeo. Su Unión Paneuropea tendría cierto parecido con las posteriores Comunidades Europeas, puesto que “se fundaba en un sistema bicameral (el Consejo federal formado por un delegado de cada Estado y una Asamblea, compuesto por delegados de los Parlamentos

o Briand<sup>243</sup>, o en la propia Segunda Guerra Mundial, como el Manifiesto de Ventotene<sup>244</sup>, imbuidos todos ellos de una orientación claramente federalista, el Congreso de Europa celebrado en La Haya entre el 7 y el 11 de Mayo de 1948 ya dejaba patente esta dicotomía<sup>245</sup> entre “aquellos que pretendían una cooperación intergubernamental y los que soñaban con una integración de carácter federal”<sup>246</sup>.

De esta forma, en los años siguientes se iniciaría el proceso de creación de diversas instituciones europeas: unas, como el Consejo de Europa creado en 1949, de naturaleza más intergubernamental sin cesión de competencias por parte de los estados<sup>247</sup>; otras, sobre las que nos detendremos a continuación, sustentadas en la *Declaración Schuman*, responderían a una dialéctica más federal<sup>248</sup>.

---

Nacionales), un Tribunal federal y una cancillería o gobierno controlado por las cámaras; se reconocía una ciudadanía europea vinculada a la ciudadanía nacional y la protección de la unión a la identidad cultural y nacional de sus pueblos”, MANGAS MARTÍN, Araceli - LIÑÁN NOGUERAS, Diego J.: *Instituciones...*, p. 4.

<sup>243</sup> El Primer Ministro francés, Aristides Briand, se expresó en un discurso ante la Asamblea de la Sociedad de Naciones, el 5 de septiembre de 1929, en los siguientes términos: “Pienso que entre los pueblos que están geográficamente agrupados como los pueblos de Europa, debe existir una suerte de vínculo federal; estos pueblos deben en todo momento tener la posibilidad de entrar en contacto, de discutir sus intereses, de adoptar resoluciones comunes, de establecer entre ellos un lazo de solidaridad, que les permita, en los momentos que se estimen oportunos, hacer frente a las circunstancias graves, si es que estas surgen [...]”. Al año siguiente, Briand presentó un “Memorandum sobre la organización de un sistema de Unión Federal Europea”; no obstante, la crisis derivada del *crack* económico de 1929, unida a la llegada al poder de Hitler en Alemania en 1933, significaron el abrupto final de estas pretensiones.

<sup>244</sup> Manifiesto de sentido federalista elaborado, entre otros, por Altiero Spinelli en la isla de Ventotene en junio de 1941, donde estaban reclusos prisioneros políticos opuestos al régimen de Mussolini.

<sup>245</sup> En el Congreso de la Haya participaron 750 delegados de veintiséis estados europeos. Estuvo presidido por el antiguo Primer Ministro británico, Winston Churchill, quien ya en 1946, en un discurso en la Universidad de Zurich, preconizara la creación de los Estados Unidos de Europa sustentados en la reconciliación entre Francia y Alemania.

<sup>246</sup> MANGAS MARTÍN, Araceli - LIÑÁN NOGUERAS, Diego J.: *Instituciones...*, 2010, p. 31. El Congreso se inclinaba por una transferencia de derechos soberanos a favor de una unión política y económica, lo que supondría la desaparición de los aranceles y las restricciones cuantitativas al comercio para lograr en el futuro la unión aduanera, la libre circulación de capitales y la unificación monetaria. Por consiguiente, las conclusiones del Congreso de La Haya se pueden calificar de ambiciosas, mencionándose explícitamente la idea de “Unión o Federación”, *vid. Resolución de la Comisión Política del Congreso de Europa*, La Haya, 1948. Debemos tener presente que apenas un mes antes del Congreso de La Haya, se creaba la Organización Europea de Cooperación Económica, a través de la que se gestionaría la ayuda norteamericana a los países europeos auspiciada por el Plan Marshall.

<sup>247</sup> Actualmente forman parte del mismo cuarenta y siete estados europeos. Con todo, en el seno de esta organización se adoptó el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, marco especial de protección en materia de derechos fundamentales a la que el Tratado de Lisboa, casi sesenta años después, facultaría a la Unión Europea su adhesión.

<sup>248</sup> No se puede olvidar que en plena Segunda Guerra Mundial, sobre la base de la Unión Económica belga-luxemburguesa de 1921, los gobiernos en el exilio de Bélgica, Holanda y Luxemburgo diseñaron un proceso de integración que desembocaría en la Unión Aduanera del BENELUX, que entró en funcionamiento el 1 de enero de 1948 siendo sustituida en 1960 por la Unión Económica del BENELUX. Estos Tratados servirían de inspiración para el proceso de creación y desarrollo de las Comunidades Europeas, de las que los tres estados del BENELUX formarían parte.

De hecho, si nos retrotraemos a los mismos orígenes de las Comunidades Europeas, la referencia al ideal federal ya aparecía en la *Declaración Schuman*, de 9 de mayo de 1950<sup>249</sup>, punto de partida de todo el proceso de integración, que mencionaba expresamente, en relación con la puesta en común de las producciones franco-germanas del carbón y del acero, que “esta propuesta sentará las primeras bases concretas de una federación europea indispensable para el mantenimiento de la paz”, previendo también que “Europa no se hará de una vez ni en una obra de conjunto: se hará gracias a realizaciones concretas”, lo que con el tiempo se convertirá en la piedra filosofal de la construcción europea<sup>250</sup>.

La idea de un modelo con rasgos federalizantes estaba presente en las Comunidades desde el principio. No en vano, tras el importante paso dado con la constitución de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, sus entonces seis estados miembros habían acordado, el 27 de mayo de 1952, la creación de una Comunidad Europea de Defensa con el ambicioso objetivo de constituir un ejército común que, en consecuencia, impidiera enfrentamientos armados entre sus miembros, al tiempo que en paralelo desarrollaban el proyecto de la Comunidad Política Europea, acordada por los mismos estados el 10 de marzo de 1953<sup>251</sup>. No obstante, el rechazo

<sup>249</sup> Declaración que debe su nombre al Ministro de Asuntos Exteriores francés, Robert Schuman, siendo la base sobre la que se articularía el Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, rubricado en París al año siguiente y que consistiría básicamente en la puesta en común de las materias primas utilizadas con fines armamentísticos (el carbón y el acero) a través de una autoridad conjunta dotada de competencias otorgadas por los seis estados fundadores.

<sup>250</sup> La *Declaración Schuman*, elaborada apenas cinco años desde el fin de la Segunda Guerra Mundial, contiene otros pasajes de gran relevancia que resulta apropiado recordar: “El Gobierno francés propone que se someta el conjunto de la producción franco-alemana de carbón y de acero a una Alta Autoridad común, en una organización abierta a los demás países de Europa. La puesta en común de las producciones de carbón y de acero garantizará inmediatamente la creación de bases comunes de desarrollo económico, primera etapa de la federación europea, y cambiará el destino de esas regiones, que durante tanto tiempo se han dedicado a la fabricación de armas [...]. La solidaridad de producción que así se cree pondrá de manifiesto que cualquier guerra entre Francia y Alemania no sólo resulta impensable, sino materialmente imposible. La creación de esa potente unidad de producción, abierta a todos los países que deseen participar en ella, proporcionará a todos los países a los que agrupe los elementos fundamentales de la producción industrial en las mismas condiciones y sentará los cimientos reales de su unificación económica. Dicha producción se ofrecerá a todo el mundo sin distinción ni exclusión, para contribuir al aumento del nivel de vida y al progreso de las obras de paz”. *Vid.* también TRUYOL Y SERRA, Antonio: *La integración europea. Análisis histórico-institucional con textos y documentos*, vol. I, (1951-1979), Madrid, Tecnos, 2002, pp. 175-177.

<sup>251</sup> La creación de un mecanismo de defensa común revolucionaría sin duda el panorama político europeo, pues la defensa era (y todavía es) uno de los atributos clásicos del Estado ligado a la noción de soberanía. Este modelo significaría un gran salto cualitativo, con la idea de cristalizar en un modelo federal sustentado desde sus comienzos en la “alta política”, lo que quedaría de manifiesto con el proyecto paralelo de la Comunidad Política Europea. Conviene reseñar que en la *Resolución adoptada por los Ministros de Asuntos Exteriores de los Estados miembros de la CECA por la que se elaboraba el estatuto de una Comunidad Política Europea*, y sobre la base del art. 38 de la Comunidad Europea de Defensa, se

francés a la ratificación de la Comunidad Europea de Defensa en la Asamblea Nacional en agosto de 1954, con una singular alianza entre *gaullistas* y comunistas, impediría su entrada en vigor (pese a que cuatro estados ya la habían ratificado e Italia previsiblemente también lo haría) suponiendo una notable decepción para los sectores más proclives a la integración política y la cancelación de ambos proyectos.

En este contexto, la dimensión federalizante de las Comunidades Europeas habría de entenderse en sentido implícito: los objetivos y las expectativas del proceso de integración tuvieron que reajustarse con una apuesta por un método funcional, basado en la realización de avances concretos que diera pequeños pasos, fundamentalmente ligados al ámbito económico, y olvidara las altas pretensiones políticas encarnadas por las anteriores propuestas<sup>252</sup>.

Conforme a esta técnica funcional se rubricaron en 1957 los Tratados constitutivos de la Comunidad Económica Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, con el objetivo general de desarrollar las economías de los estados miembros elevando el nivel de vida de sus ciudadanos, a través del establecimiento de un Mercado Común que iría más allá de una mera Unión Aduanera<sup>253</sup>, y la progresiva aproximación de las políticas económicas.

En este sentido, como expone La Pergola, “en la historia de los ordenamientos federales, el mercado único ha venido a ser el régimen que consiente a los individuos disfrutar de sus ventajas en condiciones de paridad en toda el área integrada, casi

---

recogía “el estudio de la constitución de una nueva Asamblea elegida sobre una base democrática de manera que pueda constituir uno de los elementos de una estructura federal o confederal ulterior, fundada en los principios de la separación de poderes y que implique, en particular, un sistema representativo bicameral”.

<sup>252</sup> Este método de integración europeo a partir de pasos concretos o pequeños pasos es lo que se conoce como método *Monnet*, en alusión a su ideólogo Jean Monnet, impulsor de la citada *Declaración Schuman* y primer Presidente de la Alta Autoridad Común del Carbón y del Acero, germen de la posterior Comisión Europea. Este método, dotado de un fuerte pragmatismo, permitió grandes avances en las primeras décadas de las entonces Comunidades Europeas, si bien el componente democrático de la construcción europea y el objetivo final de la misma, quedaron en parte diluidos.

<sup>253</sup> La Unión Aduanera implicaba la libre circulación de mercancías y su protección frente a los mercados exteriores a través de un arancel exterior común, a diferencia de la Asociación Europea de Libre Comercio impulsada por el Reino Unido en 1960 que garantizaba la libre circulación pero sin protección exterior común. El Mercado Común impulsado por la Comunidad Económica Europea, además de Unión Aduanera, garantizaba las cuatro libertades fundamentales para el mercado (mercancías, trabajadores, capitales y establecimiento) abarcando todos los factores de producción e integrando en dicho mercado la política agrícola, comercial, de transportes, así como mecanismos de coordinación en otros ámbitos, *vid.* MANGAS MARTÍN, Araceli - LIÑÁN NOGUERAS, Diego J.: *Instituciones...*, p. 10.



siempre con el soporte de una preexistente unidad monetaria y política”<sup>254</sup>. Y como continúa argumentando el reconocido profesor italiano, las Comunidades desarrollaron este mercado común faltando los presupuestos de orden institucional, ya que “la unión no existía, pero si se observa el resulta es *como si* hubiese existido”<sup>255</sup>. Es por ello que autores como Burgess, bajo un influjo federalista en sentido amplio, definieron a las Comunidades en este período inicial como una “confederación económica”, recalcando el hecho de que poseían las características institucionales que configuraban el modelo clásico de confederación<sup>256</sup>.

Esa naturaleza confederal, con una estructura institucional marcadamente intergubernamental a través de la combinación Consejo Europeo-Consejo de Ministros y una práctica representada por el Coreper igualmente confederal, se mantendría prácticamente intacta hasta la aprobación del Acta Única Europea<sup>257</sup>.

Cierto es que el modelo no era, al igual que ahora, un sistema cerrado, sino que mantenía una continua evolución, debida en gran parte al Tribunal de Luxemburgo, que implícitamente había abierto la vía para el reconocimiento de la primacía o el efecto directo del Derecho Comunitario. En este sentido, la celebración en 1979 de las primeras elecciones al Parlamento Europeo por sufragio universal directo permite que el ideal federal adquiriera una nueva dimensión al incorporar a los ciudadanos como parte actora al proceso europeo, aunque en puridad el Parlamento tenía en esta etapa unas reducidas funciones legislativas. Por tanto, el sistema que se estaba desarrollando se compondría de ciudadanos que ya tenían relación directa con las Comunidades en base al reconocimiento jurisprudencial del efecto directo para una importante parte de la normativa comunitaria, que no necesitaría de actos estatales para generar derechos y obligaciones; al mismo tiempo, estos ciudadanos podrían elegir directamente a sus representantes en el Parlamento Europeo. Todo ello hacía que esa naturaleza confederal de la Comunidad Europea estuviera imbuida de unos rasgos que suponían unos “emergentes elementos federales”<sup>258</sup>.

---

<sup>254</sup> LA PERGOLA, Antonio: *Los nuevos...*, p. 155.

<sup>255</sup> *Ibidem*.

<sup>256</sup> *Vid.* BURGESS, Michael: *Federalism and European Union. The building of Europe, 1950-2000*, London, Routledge, 2000, p. 262.

<sup>257</sup> *Vid. ibidem*.

<sup>258</sup> *Ibidem*, p. 263.

Omitiendo el acuerdo de Schengen que ponía las bases para la eliminación de los controles fronterizos entre los estados de la Unión y al que ya nos hemos referido, será con la promulgación del Acta Única Europea en 1986 cuando este modelo *sui generis* sufra una mutación en su formulación originaria, recogiendo parte de los planteamientos esbozados dos años antes en el fallido proyecto Spinelli, el cual consagraba el modelo de federalismo intergubernamental a través de dos tipos de procedimientos con los que la Unión podría cumplir sus objetivos: la acción común por un lado, y la cooperación entre estados por otro<sup>259</sup>. Así, el Acta Única, aunque con menos ambición que el proyecto Spinelli, acoge parte de sus innovaciones, desarrollando la dimensión política de las Comunidades y fortaleciendo la institucional<sup>260</sup>, lo que supone el abandono de la noción de Burgess de “confederación económica” y el camino hacia una más completa unión federal de estados<sup>261</sup>.

No obstante, será con el Tratado de Maastricht, en 1992, cuando el federalismo intergubernamental<sup>262</sup> cobre verdadera carta de naturaleza<sup>263</sup> con la creación de una nueva entidad de naturaleza política-jurídica, la Unión Europea, que, como ya hemos expuesto, integraba en su Tratado fundacional tres pilares: el primero para la gestión comunitaria de las políticas europeas, y los otros dos dirigidos a la cooperación intergubernamental en materia de política exterior y de justicia e interior

<sup>259</sup> Aldecoa hace notar que la estructura del proyecto Spinelli sería “más de árbol que de pilares”, estando dotada de un tronco federal mínimo, lo que contribuiría a acercarlo al Tratado Constitucional, como veremos en el Capítulo Segundo. No obstante, el Acta Única tendría un sentido más intergubernamental que el citado proyecto Spinelli, al recoger una forma de cooperación intergubernamental al margen de los Tratados denominada Cooperación Política Europea, *vid.* ALDECOA LUZÁRRAGA, Francisco: “Una Europa”. *Su proceso constituyente. La innovación política europea y su dimensión internacional. La Convención, el Tratado Constitucional y su política exterior (2000-2003)*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2003, pp. 45-46.

<sup>260</sup> El Acta Única otorgó mayor influencia al Parlamento Europeo democratizando el proceso legislativo, introdujo el Consejo Europeo en los Tratados constitutivos aunque sin conferirle el rango de institución, creó un Tribunal de Primera Instancia agregado al Tribunal de Luxemburgo y dotó a las Comunidades de nuevas competencias con el fin de conseguir un verdadero mercado interior y único, garantizando un espacio sin fronteras interiores con plena libertad de circulación de mercancías, personas, servicios y capitales, en el que una vez desaparecidos los obstáculos arancelarios se eliminaran las trabas físicas, técnicas y fiscales de carácter no arancelario, *vid.* MANGAS MARTÍN, Araceli - LIÑÁN NOGUERAS, Diego J.: *Instituciones...*, 2010, p. 39.

<sup>261</sup> *Vid.* BURGESS, Michael: *Federalism...*, p. 263.

<sup>262</sup> De hecho, autores como Hartley admitían que las instituciones comunitarias contenían elementos intergubernamentales y federales, HARTLEY, Trevor C.: *The Foundations...*, p. 9. Sobre el federalismo intergubernamental volveremos más adelante en este trabajo.

<sup>263</sup> Y ello a pesar del veto británico al artículo A del Anteproyecto de Tratado, que hacía referencia a la “vocación federal” de la Unión Europea, sustituido finalmente por la fórmula “una Unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa”. No obstante, como refleja Aldecoa, “aunque se eliminaran las expresiones relativas al federalismo, el anteproyecto de Tratado mantenía su contenido, que responde a una lógica federal”, ALDECOA LUZÁRRAGA, Francisco: *La integración...*, p. 158.

respectivamente. Al mismo tiempo, se instituía la ciudadanía europea, que hacía expresa una relación directa entre los ciudadanos y la Unión diferenciada de la existente entre los estados miembros y la Unión, y se ponían las bases de lo que en el futuro sería la moneda única. Este sistema, confirmado en Ámsterdam y Niza, constituiría en palabras de Aldecoa “un único modelo político, con un marco institucional único, pero con dos métodos de actuación y decisión diferentes”<sup>264</sup>.

No podemos terminar este breve repaso sin referirnos al que, posiblemente, sea el elemento federalizante más visible hoy día: el euro. Con su puesta en circulación el 1 de enero de 2002, que concretaba la tercera fase de la Unión Económica y Monetaria iniciada tres años atrás, la moneda única y la consiguiente política monetaria única constituyen la primera política europea absolutamente federal dirigida además de forma casi total por una institución europea (el Banco Central Europeo) en un ámbito que entra históricamente dentro del núcleo duro de la soberanía estatal<sup>265</sup>. Ahora bien, esta realidad tangible y perceptible para el conjunto de la ciudadanía europea, que se podría denominar como “el efecto federalizador del euro”<sup>266</sup>, todavía es una unidad monetaria parcial, tanto porque una parte de los estados de la Unión no son miembros del euro, como por la falta de fortaleza de las estructuras económicas comunes de la Unión durante la presente crisis económica y financiera.

De esta forma, la Constitución material europea contaba a finales del siglo XX con numerosos rasgos que se podrían definir como federales o federalizantes: el papel del Tribunal de Luxemburgo, principios como la primacía o el efecto directo, o la mencionada puesta en marcha del euro, que trasciende a una mera visión jurídico-constitucional, son prueba de ello<sup>267</sup>. En este sentido, autores como La Pergola apuntan

---

<sup>264</sup> ALDECOA LUZÁRRAGA, Francisco: “Una Europa”..., p. 46.

<sup>265</sup> *Vid.* por ejemplo el art. 149.1.11 de la Constitución española, que otorga al Estado competencia exclusiva respecto del “sistema monetario: divisas, cambio y convertibilidad”.

<sup>266</sup> En palabras de Aldecoa, el euro “creará las condiciones objetivas que harán posible, pero no de forma automática, en un futuro próximo la Federación Europea”; sería un punto intermedio entre las tesis de aquellos que lo conciben únicamente como un instrumento económico que no conlleva la Unión Política, y los que creen, por el contrario, que será la vía para llegar necesaria y automáticamente a la Unión Política, ALDECOA LUZÁRRAGA, Francisco: *La integración...*, p. 459. La crisis económica y financiera actual ha dejado patente que pese al carácter federalizador del euro, con la implantación de la moneda única ni siquiera se ha conseguido la unión económica dentro de la Unión.

<sup>267</sup> Sobre las características federalizantes de la Unión Europea en ese momento, *vid.* en general MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José: “The Federal Elements...”, pp. 595-625.

“que la integración llega a ser un *federalism by analogy*”<sup>268</sup>, sustentada en tres principios fundamentales: la cohesión socioeconómica, la legitimación democrática, y la supremacía del Derecho Comunitario<sup>269</sup>.

No obstante, como manifiesta el profesor Nanclares, resulta más importante identificar en concreto los elementos de naturaleza federal que se pueden percibir en el sistema comunitario, que determinar y debatir doctrinalmente la categoría en la que adscribir a dichas Comunidades<sup>270</sup>. Por ello pretendemos sintetizar ahora los elementos federales o federalizantes que presentaba la Unión Europea antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, a través de cuatro grandes grupos: a) la arquitectura o dimensión institucional, que prevé la existencia de mecanismos por los que se canaliza la participación de los entes estatales en la federación, y viceversa, así como un órgano encargado de resolver los conflictos que puedan surgir (el Tribunal de Justicia); b) el sistema jurídico, integrado por principios básicos como la primacía, lealtad federal, solidaridad financiera, vigilancia federal o medios coercitivos de la federación; c) el sistema de competencias y el principio de subsidiariedad, y d) la moneda única<sup>271</sup>.

a) En cuanto al marco institucional, en la Unión Europea existiría un sistema que, aunque formalmente no se podría calificar de bicameral, sí sería similar *lato sensu* en sus efectos. Así, por un lado, el Parlamento Europeo se configura como cámara representativa de los pueblos (art. 189 TCE), elegida por los ciudadanos directamente a través del sufragio universal y con una representación por Estado en función de su población (art. 190 TCE), que progresivamente se va convirtiendo en una verdadera cámara adquiriendo las competencias propias de las atribuciones parlamentarias, al participar con mayor peso en la legislación comunitaria a través de la codecisión,

<sup>268</sup> Este autor establece una analogía entre el sistema comunitario y el federalismo (entendido tanto en su formulación de confederación como de Estado federal). Así, partiendo de la configuración del Consejo de Ministros, expone que “se aproxima al sistema del Estado federal por la naturaleza y efectos de los poderes de integración normativa reconocidos a la Comunidad, pero recuerda muy de cerca a la confederación en el plano de los procedimientos, apoyados en el criterio unas veces de la unanimidad y otros de mayoría cualificada y del voto ponderado, de los Estados”, LA PERGOLA, Antonio: *Los nuevos...*, p. 155- 156.

<sup>269</sup> *Vid. ibidem*, pp. 156-159. No obstante, La Pergola cuestiona los poderes reales del Parlamento Europeo en ese momento, considerando que “con el criterio de la elección directa se ha introducido la forma pero no la sustancia de la democracia, que es un componente esencial del federalismo político”, *ibidem*, p. 158.

<sup>270</sup> *Vid. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José: “The Federal Elements...”, p. 602.*

<sup>271</sup> *Vid. ibidem*, pp. 602-623.

mejorar sus posibilidades de control, y participar en la elaboración del presupuesto<sup>272</sup>; por otro lado, el Consejo se configura en la práctica como una cámara cuasiterritorial compuesta por representantes de los gobiernos de los estados miembros (art. 203 TCE), en el que todos ellos tienen igual representación con independencia de su población y el representante de cada Estado tiene *de facto* un mandato imperativo en relación con el propio gobierno estatal del que forma parte.

En relación con el procedimiento legislativo de la codecisión (art. 251 TCE) en el que participan el Parlamento Europeo y el Consejo en un plano de relativa igualdad y que el Tratado de Niza ha extendido<sup>273</sup>, podemos detectar similitudes con las leyes alemanas denominadas *Zustimmungsgesetze* a las que ya nos referimos con anterioridad y que precisan de la aprobación por el *Bundestag* y el *Bundesrat*<sup>274</sup>.

En lo relativo a la potestad ejecutiva, el sistema comunitario la reparte entre el Consejo Europeo, el Consejo de Ministros y la Comisión Europea, si bien la Comisión ha ido desarrollando su función ejecutiva directamente (en campos como el Derecho de la competencia) o a través de la comitología, donde ejerce potestades ejecutivas atribuidas por el Consejo bajo determinadas modalidades de control<sup>275</sup>. Además, no se puede obviar que, aunque con limitaciones, existe también un esquema de relaciones mutuas entre Parlamento y Comisión, ya que el primero puede censurar y participar (de forma limitada) en la elección de la Comisión (arts. 201 y 214 TCE), si bien ésta no puede disolver el Parlamento Europeo.

El Tribunal de Justicia acoge la potestad jurisdiccional, de modo que resuelve las controversias entre las instituciones comunitarias (y también de los particulares afectados directa e individualmente) y ejerce el control de legalidad de los actos comunitarios a través de los recursos de anulación (art. 230 TCE) y por omisión (art. 232 TCE). En este sentido, el Tribunal de Justicia asume unas funciones similares a las de sus tribunales homólogos de los modelos federales, aunque tiene sus propias

---

<sup>272</sup> Vid. *ibidem*, pp. 603-604.

<sup>273</sup> Vid. arts. 13, 67.5, 157.3, 159, 191, 230 o 300.6 TCE; con todo, el Tratado de Niza no configura la codecisión como el procedimiento legislativo ordinario, para lo que habría que esperar al Tratado Constitucional y al posterior Tratado de Lisboa.

<sup>274</sup> Vid. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José: "The Federal Elements...", p. 604.

<sup>275</sup> No obstante, el propio Nanclares es consciente de que probablemente la Comisión es la institución comunitaria con más dificultades en encontrar su equivalente federal, *vid. ibidem*, p. 605.

especificidades, al igual que en los modelos federales existen diferencias entre el sistema norteamericano, descentralizado, incidental y *a posteriori*, y el europeo, centralizado, abstracto y *a priori*. Además, “el Tratado de Niza ha también reforzado esta dimensión constitucional y federal a través de una profunda renovación del Tribunal de Justicia, básicamente con la creación de salas jurisdiccionales [...] o la ampliación de competencias del Tribunal de Primera Instancia”<sup>276</sup>.

b) En cuanto al sistema jurídico, la Unión Europea acoge con distinta intensidad principios básicos de naturaleza federal en su mayoría ya abordados en la parte relativa a la Teoría federal: el principio de primacía del Derecho Comunitario; el principio de aplicabilidad directa; el principio de cooperación leal derivado del principio de lealtad federal; el principio de solidaridad financiera representado por las políticas de cohesión económica y social de la Unión; el principio de vigilancia federal ejemplificado en la custodia de los Tratados; y el principio de coerción federal que, en cierta medida, podría derivarse de ciertos instrumentos y sanciones previstos por el Derecho Comunitario.

El principio de primacía del Derecho Comunitario se ha configurado como un elemento consustancial de la integración europea a lo largo de las últimas décadas, a pesar de no recogerse expresamente en ninguna disposición de los Tratados<sup>277</sup>, ya que su configuración ha sido desarrollada por el Tribunal de Justicia a través de diversas sentencias como la *Costa/ENEL*, *Simmenthal* o *Internationale Handelsgesellschaft*.

De esta forma, el principio de primacía opera en el Derecho Comunitario de forma muy similar a lo que ocurre en los modelos federales: actúa con independencia del rango que tenga la norma estatal<sup>278</sup>, con independencia de que dicha norma estatal sea anterior o posterior<sup>279</sup> o de cuál sea su origen (estatal, regional o municipal)<sup>280</sup> e,

<sup>276</sup> *Ibidem*, p. 607.

<sup>277</sup> Esta falta de reconocimiento explícito no excluye que, de modo indirecto, los Tratados aporten instrumentos que permitan apoyar la interpretación jurisprudencial, a través de la obligación de los estados (por acción u omisión) de asegurar el cumplimiento de las obligaciones del Tratado (art. 10 TCE) y del carácter obligatorio de las normas comunitarias más importantes como los reglamentos, directivas y decisiones (art. 249 TCE), *vid.* MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José: *El sistema...*, pp. 79-80.

<sup>278</sup> *Vid.* sentencia de 15 de julio de 1964, *Costa/ENEL*, asunto 6/64.

<sup>279</sup> *Vid.* sentencia de 9 de marzo de 1978, *Administration des finances de l'État/Société anonyme Simmenthal*, asunto 106/77.

<sup>280</sup> *Vid.* sentencia de 22 de junio de 1989, *Fratelli Constanzo/Comune di Milano*, asunto 103/88.

incluso, con matices, sobre las propias constituciones estatales<sup>281</sup>. No obstante, frente al efecto previsto en ordenamientos federales como el alemán, en el que las normas estatales opuestas a las federales serían nulas, en el ordenamiento comunitario únicamente se prevé su inaplicación<sup>282</sup>.

El efecto directo o aplicabilidad directa significa que la normativa comunitaria es directamente aplicable en los distintos estados miembros sin necesidad de actos estatales de transposición<sup>283</sup>. Como hemos visto, este principio es uno de los elementos que tradicionalmente se han utilizado para diferenciar la Federación de otras fórmulas de federalismo *lato sensu* como la confederación. El principio de efecto directo opera en el ámbito comunitario tanto en el Derecho originario (Tratados) como en buena parte del derivado (reglamentos) aunque no, en principio, para las directivas que necesitan de una norma estatal para que puedan producir efectos directamente ante los ciudadanos<sup>284</sup>, si bien el Tribunal de Justicia ha acabado por reconocer el denominado efecto directo vertical de las directivas siempre que se den una serie de requisitos<sup>285</sup>.

El principio de cooperación leal se recoge en el art. 10 TCE, siendo equiparable al principio de lealtad federal. Ciertamente es que la literalidad de dicho precepto sólo establece obligaciones para los estados, tanto en el plano activo como en el pasivo; no obstante, el Tribunal de Justicia en diversas sentencias lo ha orientado como principio

---

<sup>281</sup> Vid. sentencia de 17 de diciembre de 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH/Einfuhr-und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, asunto 11/70; vid. en este sentido MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José: *El sistema...*, p. 81.

<sup>282</sup> Nanclares apunta que “en virtud del principio de lealtad comunitaria (art. 5 TCE) y [...] del de seguridad jurídica, los poderes públicos competentes del Estado en cuestión si deberían tender a derogar o modificar mediante una norma del mismo rango las disposiciones internas que resulten contrarias a una norma comunitaria”, *ibidem*, p. 82. En este caso, parece que el sistema diseñado en la UE tiene más similitudes con el modelo norteamericano que con el alemán.

<sup>283</sup> Vid. sentencia de 5 de febrero de 1963, *Van Gend en Loos/Administration Fiscale Néerlandaise*, asunto 26/62.

<sup>284</sup> Vid. art. 249 TCE, párrafos segundo y tercero: “El reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro. La directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios”.

<sup>285</sup> Se trataría de directivas con un contenido incondicional y preciso que no requieran para su ejecución de ningún otro acto jurídico comunitario, vid. sentencias del Tribunal de Luxemburgo de 5 de abril de 1979, *Ratti*, asunto 148/78, o de 19 de enero de 1982, *Ursula Becker/Finanzamt Munster-Innenstadt*, asunto 8/81. El Tribunal pretendía evitar que la inacción estatal respecto a la ejecución de las directivas pudiera ocasionar perjuicios a los ciudadanos, de ahí que se les reconozca su efecto vertical (frente a los estados) aunque no el horizontal (respecto a las relaciones entre particulares).

bidireccional<sup>286</sup>, generando obligaciones también para las instituciones comunitarias en un sentido similar al establecido en los modelos federales. Del mismo modo, la jurisprudencia de Luxemburgo ha ido evolucionando, al admitir que se deriven obligaciones directamente del art. 10 sin necesidad de tener que ponerlo en relación con otra disposición comunitaria<sup>287</sup>.

Este principio de cooperación leal servirá igualmente de sustento a un principio que podría calificarse de solidaridad financiera representado por las políticas de cohesión económica y social de la Unión, a través de instrumentos como los fondos estructurales (art. 159 TCE) o el fondo de cohesión (art. 161 TCE). No obstante, tanto la suma final de estos fondos como su dimensión jurídica están todavía lejos de lo que suponen en estados federales como Alemania<sup>288</sup>.

Además, del mismo modo que en los modelos federales existe una inspección y vigilancia del ente federal sobre las funciones de los estados miembros, especialmente en los federalismos cooperativos como el alemán, un modelo como el comunitario en el que gran parte del desarrollo normativo (a través de la transposición de directivas) y la ejecución (exceptuando el Derecho de la competencia) corresponde a los estados, también establece instrumentos de vigilancia. Control que corresponderá principalmente a la Comisión Europea, al ser la encargada de velar por la aplicación del Derecho Comunitario (art. 211 TCE), estando legitimada para acudir en su caso al Tribunal de Justicia en defensa de la legalidad de la normativa comunitaria (art. 226 TCE)<sup>289</sup>.

Finalmente, en relación con los instrumentos de coerción, no puede hablarse de un mecanismo general de coerción en el ordenamiento comunitario en el sentido de lo establecido en el art. 37 de la Ley Fundamental de Bonn o en el art. 155 de la Constitución española. No obstante, los Tratados sí permiten identificar instrumentos particulares que podrían calificarse como coercitivos. De un lado, la posibilidad de que el Tribunal de Justicia imponga multas o sanciones económicas con fuerza ejecutiva

---

<sup>286</sup> Vid. sentencias de 10 de febrero de 1983, *Luxemburgo/Parlamento Europeo*, asunto 230/81, o de 15 de enero de 1986, *Hurd/Jones*, asunto 44/84.

<sup>287</sup> Vid. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José: *El sistema...*, pp. 57-58, citando la sentencia de 21 de septiembre de 1983, *Deutsche Milchkontor and others/Federal Republic of Germany*, asunto 215/82.

<sup>288</sup> Vid. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José: "The Federal Elements...", p. 614.

<sup>289</sup> Ahora bien, como recuerda Nanclares, mientras que en el modelo federal germano la necesidad de recurrir a las potestades derivadas del principio de vigilancia federal ha sido muy escasa, en el ordenamiento comunitario se ha convertido en una práctica habitual, *vid. ibidem*, pp. 615-616.



ante el incumplimiento previo de una sentencia por un Estado miembro (art. 228 TCE); de otro, la posibilidad extrema de establecer sanciones políticas cuando se constate la existencia de una violación grave y persistente de los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho (art. 7 TUE)<sup>290</sup>.

c) Como hemos visto, el modelo de distribución vertical de competencias forma parte del núcleo del federalismo. El modelo competencial entre la Unión Europea y los estados miembros será examinado en profundidad en el Capítulo Cuarto de este trabajo, por lo que ahora sólo haremos unas pequeñas observaciones.

En los Tratados comunitarios no existía ningún listado de competencias de la Unión ni de los estados, a diferencia de lo que ocurre en los sistemas federales. No obstante, el párrafo primero del art. 5 TCE recoge el principio de atribución que, en última instancia, implica que las competencias se presumen de los estados a menos que se atribuyan expresamente a la Unión, consagrando una fórmula inherente a la práctica totalidad de los esquemas federales (exceptuando el canadiense). Además, los párrafos segundo y tercero del citado art. 5 establecen mecanismos vinculados de alguna manera al federalismo, como los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, permitiendo también de forma indirecta distinguir entre competencias exclusivas y compartidas, siendo los perfiles de estos tipos competenciales desarrollados por el Tribunal de Justicia. Este esquema básico, completado con los objetivos e instrumentos de los que dispondrá la Unión (arts. 2 y 3 TCE) permitirían a ésta que, a pesar de no contar con un modelo de distribución competencial equiparable *stricto sensu* al federal, sí fuera asimilable en cuanto a sus logros y funciones<sup>291</sup>.

Por consiguiente, el sistema de competencias no era tan diferente al existente en los modelos federales (que son a su vez muy heterogéneos) aunque le faltaba claridad y precisión, puesto que su configuración era fundamentalmente jurisprudencial. Ahora bien, lo que no se puede negar es que la Unión Europea de entonces no tenía algunas de

---

<sup>290</sup> El Tratado de Niza incluyó además un apartado primero que hacía referencia a “la existencia de un riesgo claro de violación grave” de dichos principios, a la vista de los confusos resultados de las acciones comunitarias adoptadas en enero del año 2000 como consecuencia del acceso al poder en Austria de la formación política de Jörg Haider.

<sup>291</sup> *Vid.* MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José: “The Federal Elements...”, p. 621.

las competencias equiparables al nivel federal en las federaciones, puesto que en aspectos clave como la política exterior, defensa o la política fiscal, las competencias de la Unión eran muy limitadas.

d) Finalmente, como expusimos en páginas precedentes, no se puede negar la dimensión federalizadora que ha implicado el euro, a pesar de que el tiempo ha demostrado que el proceso de adopción de la moneda única, del que ahora se cumplen diez años, no se efectuó con todo el rigor que sería necesario. La historia muestra, en definitiva, como la asunción de una moneda única o común es un paso inmediatamente anterior o una consecuencia derivada de un proceso de federalización por parte de estados anteriormente independientes<sup>292</sup>. En este sentido, la Unión Económica y Monetaria singularizada especialmente en la moneda única, habría de actuar como una fuerza centrípeta que, unida a los elementos anteriormente mencionados (el marco institucional, el sistema legal o el modelo de competencias) entroncan a la Unión Europea con el sistema federal<sup>293</sup>.

No obstante, pese a todo lo anterior, la Unión seguía manteniendo elementos de carácter más intergubernamental que tienden a dificultar o crear confusión sobre la propia dimensión federal de la Unión. En este sentido podemos mencionar los procesos de revisión y ratificación (arts. 48 y 52 TUE) derivados de la naturaleza internacional que siguen teniendo formalmente los Tratados comunitarios; la posibilidad, derivada de lo anterior, de que un Estado miembro abandone la Unión, si bien no estaría contemplada explícitamente en los Tratados<sup>294</sup>; la posición de los estados como dueños de los Tratados y depositarios del poder constituyente (y de la *Kompetenz-Kompetenz*); o un cierto grado de dependencia de éstos en relación con la efectividad de los poderes

<sup>292</sup> *Ibidem*, p. 623.

<sup>293</sup> *Ibidem*.

<sup>294</sup> Los Tratados comunitarios serían formalmente Derecho Internacional, por lo que se les podría aplicar la normativa iusinternacionalista a tal efecto prevista en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados; como veremos a lo largo de este trabajo, el Tratado Constitucional y el Tratado de Lisboa recogieron explícitamente esta posibilidad de retirada. No obstante, la posibilidad de la secesión se había planteado también en el ámbito federal, como expuso en su momento Calhoun, defensor de la idea de que los estados federados conservaban su carácter soberano, si bien el resultado de la Guerra de Secesión norteamericana (1861-1865) eliminaría este planteamiento en los Estados Unidos. El tema de la secesión en un Estado federal ha vuelto a ponerse de manifiesto más recientemente con el *referendum* de Quebec de 1995. La consulta, que confirmó la permanencia de esta provincia en la federación canadiense (aunque con un margen muy ajustado), dio paso a un dictamen del Tribunal Supremo de Canadá en 1998 en el que por un lado negaba la posibilidad de una secesión unilateral, pero por otro admitía que si una “mayoría clara” respondía afirmativamente a una “pregunta clara” sobre la secesión, el resto de las provincias de Canadá tendrían de negociar con Quebec los términos de la independencia.

legislativo, ejecutivo y judicial de la Unión<sup>295</sup>, puesto que todavía eran muchos los ámbitos comunitarios no regulados a través de la codecisión (por tanto, con un papel subsidiario del Parlamento Europeo) o en los que las decisiones del Consejo se adoptaban por unanimidad y no por mayoría cualificada (lo que en la práctica suponía otorgar a los estados un derecho de veto), a la vez que se mantenía una estructura de pilares que dejaba fuera del método de integración comunitaria aspectos tan importantes como la Política Exterior y de Seguridad Común o la Cooperación Policial y Judicial en Materia Penal.

Por consiguiente, en la fase inmediatamente anterior al discurso de Joschka Fischer en la Universidad Humboldt en mayo del año 2000<sup>296</sup>, podría decirse que el modelo político-organizativo de la Unión sobrepasaba las tradicionales categorías conceptuales<sup>297</sup>, al incluir elementos federales básicos al tiempo que mantenía su dimensión internacionalista, pudiéndose configurar como un federalismo intergubernamental o supranacional<sup>298</sup> o, en definitiva, federalismo *sui generis*<sup>299</sup>. En este sentido, la Unión Europea de principios del siglo XXI mantenía la dicotomía federal/intergubernamental palpable desde el propio Congreso de La Haya y a la que ya nos hemos referido, sustentándose en la fórmula “según la cual los Estados y los pueblos europeos deciden en qué áreas quieren desarrollar políticas en común (federales) y en qué otros ámbitos, por el contrario, desean mantener actuaciones independientes pero coordinadas entre sí (intergubernamentales)”<sup>300</sup>.

De esta forma, la Unión Europea podría llegar a entenderse como un marco de capas y estructuras superpuestas a modo de un *overlapping federalism*, como un proceso federal *lato sensu* resultado de la acción de múltiples niveles sobre áreas geográficas en los que existen continuos puntos de intersección, de modo que sobre una

---

<sup>295</sup> Vid. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José: “The Federal Elements...”, p. 624.

<sup>296</sup> Sobre este célebre discurso nos detendremos más adelante al tomarse como punto de partida de un nuevo debate constitucional y federal europeo.

<sup>297</sup> Vid. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José: “The Federal Elements...”, p. 624.

<sup>298</sup> Vid. VON BOGDANDY, Armin: “The European Union as a Supranational Federation: A Conceptual Attempt in the Light of the Amsterdam Treaty”, *The Columbia Journal of European Law*, vol. 6, (2000), p. 27.

<sup>299</sup> En este sentido, la denominación de *quasi-federal constitutions and quasi-federal governments* utilizada por Wheare para referirse a aquellos casos en que el principio federal, sin ser predominante sí era importante, cobra de nuevo virtualidad en una estructura tan peculiar como la de la Unión Europea, vid. WHEARE, Kenneth C.: *Federal Government*, Oxford, Oxford University Press, 1951, p. 33.

<sup>300</sup> ALDECOA LUZÁRRAGA, Francisco: “Una Europa”..., p. 45.

persona o una comunidad política pueden actuar diferentes niveles al mismo tiempo sin que ello suponga que cada uno de estos niveles ejerzan un monopolio sobre un concreto espacio geográfico<sup>301</sup>, lo que difiere de las construcciones teóricas y doctrinales ligadas a la territorialidad o al estatismo y resulta, a nuestro juicio, un análisis oportuno para acercarse a una realidad tan compleja como la de la Unión Europea.

Es decir, la realidad de este singular modelo hacía que, como recogíamos al describir los principales rasgos de la Constitución material de la Unión, ésta pudiera aparecer revestida de diferentes formas conforme a la evolución del proceso de integración<sup>302</sup> y al ámbito de que se tratara: Organización Internacional basada en relaciones de cooperación (la PESC hasta el Tratado de Ámsterdam), confederación (la PESC posterior a Ámsterdam) o federación (en las materias comunitarizadas)<sup>303</sup>, siendo el resultado un modelo asimétrico en el que la Unión necesita crecer en algunos campos en los que tiene notables carencias, al tiempo que es muy reguladora y centralista en otros ámbitos en los que ejerce un intervencionismo impropio de una Organización Internacional<sup>304</sup>. Además, esta asimetría se acentúa porque no todos los estados miembros de la Unión participan de las mismas políticas (como en el caso del euro) y los propios modelos político-organizativos estatales son diversos (estados unitarios con escasa descentralización política como Francia o Portugal, unitarios-autonómicos como España, o federales como Alemania, Austria o Bélgica).

## B. El debate sobre la naturaleza federal de la Unión Europea

Del análisis realizado en las páginas precedentes podemos concluir que el modelo de la Unión Europea se caracterizaba por una especificidad y singularidad muy elevada: en el

<sup>301</sup> Vid. FREI, Bruno S.: “Functional, Overlapping...”, pp. 547-548.

<sup>302</sup> Pereira Menaut considera que la evolución de la UE podría explicarse a través de una flecha con siete niveles de integración: 1, Organización Internacional clásica de simple cooperación; 2, Organización Internacional de integración; 3, Confederación; 4, federalismo dual; 5, federalismo cooperativo; 6, Estado unitario autonómico; 7, Estado unitario centralizado. A la izquierda estaría el número 1 correspondiente al grado de integración mínimo o inexistente y a la derecha estaría el número 7 correspondiente a la máxima integración. Este profesor apunta que el modelo de la UE sería asimétrico y que no se puede saber con seguridad como acabará, aunque es improbable que termine en la última fase de la derecha, con un Estado y menos unitario, *vid.* PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos: “¿Otro modelo...”, p. 184.

<sup>303</sup> Vid. PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos: “Invitación...”, p. 215.

<sup>304</sup> Vid. PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos: “¿Otro modelo...”, p. 187. Por eso “é perfectamente concebible que un estado ou rexión, sen incoherencia ningunha, poida necesitar defender de Bruxelas as súas competencias nun terreo e ao mesmo tempo reclamar maiores intervencións europeas noutro”, *ibidem*.

entorno del año 2000 la Constitución en sentido material de la Unión poseía rasgos claramente federalizantes que convivían con otra serie de elementos (igualmente significados cuantitativa y cualitativamente) de naturaleza intergubernamental.

Teniendo en cuenta lo anterior, el debate sobre la naturaleza federal de la Unión Europea, que en las líneas que siguen se circunscribe al período temporal previo a la Convención Europea de los años 2002 y 2003 (que examinaremos en el Capítulo Segundo de este trabajo), debe partir de dos premisas interconectadas: 1) la aprehensión del fenómeno de la Unión ha de hacerse desde un enfoque dinámico, abierto y flexible, encuadrado en un federalismo entendido como proceso que, como explicamos, es algo diferenciado a un Estado federal o Federación clásica; y 2) por consiguiente, el acercamiento al modelo representado por la Unión Europea no puede hacerse sobre bases estatales y la respuesta sobre su naturaleza, no puede reproducir miméticamente los esquemas estatales, puesto que estamos ante realidades con presupuestos y características distintas.

De hecho, concluido que la Unión Europea no es un Estado ni una Organización Internacional, surge la necesidad de incidir en lo qué es, más que negar lo que no es. La problemática estriba, como apuntan los profesores Beck y Grande, en que desde un plano estatal sólo se conciben dos formas de interpretar el proceso europeo de integración regional: como federación de estados, lo que estaría próximo a un esquema intergubernamental, o como Estado federal. Ambos autores apuntan que estos modelos son falsos empíricamente, puesto que la Europa actual no es ni una cosa ni la otra, al tiempo que el proceso de construcción europea se caracterizó desde sus primeros momentos por integrar ambas formas de organización<sup>305</sup>, tal como hemos abordado en el apartado anterior.

Así pues, no puede situarse el debate sobre la naturaleza federal de la Unión en una hipotética confrontación entre dos realidades contrapuestas: “como un «superestado federal» que tendría como consecuencia el debilitamiento, la transformación de las naciones europeas en piezas de museo; o bien como «federación de Estados», esto es,

---

<sup>305</sup> Vid. BECK, Ulrich - GRANDE, Edgar: *La Europa cosmopolita. Sociedad y política en la segunda modernidad*, Barcelona, Paidós, 2006, p. 81. Además, concluyen que estos modelos también serían erróneos normativa y políticamente, ya que negarían el rasgo más singular del actual sistema: la Europa de la diferencia, *ibidem*.

como agrupación de Estados nacionales, en la que éstos defenderían celosamente su soberanía nacional contra la ampliación del poder supranacional”<sup>306</sup>.

Los términos del debate federal de la Unión quedarían expuestos en el discurso pronunciado por Joschka Fischer en la Universidad Humboldt de Berlín, el 12 de mayo de 2000<sup>307</sup> que, como veremos en el Capítulo Segundo, también se identifica como el punto de partida del nuevo debate constitucional en el seno de la Unión Europea. De esta forma, el entonces Ministro alemán de Asuntos Exteriores abogaba no sólo por la elaboración de una Constitución Europea, sino que esa *Carta Magna* habría de dibujar una estructura federal cuyo modelo reflejara, en cierta medida, la organización interna del estado germano.

En este sentido, Fischer apostaba por el establecimiento de un sistema bicameral que representara a estados y ciudadanos. Así, preveía un Parlamento Europeo con dos cámaras, una elegida por los ciudadanos y formada por miembros de sus Parlamentos Nacionales, lo que supondría que “no habrá ninguna colisión entre los Parlamentos Nacionales y el Parlamento Europeo, entre el Estado-nación y Europa”<sup>308</sup>; y una segunda cámara de territorios, en la que parecía apostar por un diseño que reprodujera las líneas del *Bundesrat* alemán.

Del mismo modo, abogaba por la configuración de un verdadero gobierno de la Unión, ya fuera transformando la naturaleza del Consejo Europeo, o tomando la vigente estructura de la Comisión que podría culminar en la elección directa de un Presidente con amplios poderes ejecutivos.

Además, el modelo diseñado por Fischer exigía la subsanación del déficit democrático de la Unión, así como la clarificación de competencias, tanto en el nivel horizontal (instituciones comunitarias) como vertical (UE-estados-entes subestatales), con “asuntos nucleares que tendrían que ser absolutamente regulados a nivel europeo

---

<sup>306</sup> *Ibidem*, p. 82. El rechazo a esta dicotomía se plasma en lo que ambos autores consideran “nacionalismo metodológico imperante en el debate sobre Europa y su fijación en el Estado”, lo que estiman supone una visión reduccionista y centrada en falsas alternativas, *ibidem*, pp. 81-83.

<sup>307</sup> *Vid.* FISCHER, Joschka: “De la Confederación a la Federación: reflexiones sobre la finalidad de la construcción europea”, Universidad Humboldt de Berlín, 12 de mayo de 2000, en Aldecoa Luzárraga, *La integración europea. Análisis histórico-institucional con textos y documentos*, vol. II, (1979-2002), Madrid, Tecnos, 2002, pp. 774-778.

<sup>308</sup> *Ibidem*, p. 776.

siendo de competencia de la Federación, mientras que todo lo demás quedaría bajo la responsabilidad de los Estados-nación”<sup>309</sup>, algo que, en mayor o menor medida, también encontramos en los modelos estatales de carácter federal con la excepción de Canadá.

Fischer preveía finalmente, en el marco de la dicotomía ampliación-profundización, la formación de un “centro de gravedad”<sup>310</sup>, paso intermedio entre la cooperación reforzada y la integración política y sobre el que se articularía “el núcleo de una constitución de la Federación (que) [...] tendría que ser la vanguardia, la fuerza conductora hacia la terminación de la integración política y debería comprender desde el inicio a todos los elementos de la futura federación”<sup>311</sup>, sirviendo de guía para la consecución del último paso, la “integración en una Federación Europea”<sup>312</sup>.

Ahora bien, pese a la tentación que pudiera existir de hacer interpretaciones sesgadas, este modelo de Europa federal o Federación Europea propuesto por Fischer, no entraría en colisión con los estados nacionales, en los que como el propio conferenciante indica, estaría basado. Así, cita expresamente que “todo esto no significará la abolición del Estado-nación. [...] el Estado-nación, con sus tradiciones culturales y democráticas, será irreplaceable en asegurar la legitimación de una Unión de ciudadanos y Estados que es completamente aceptada por la gente”<sup>313</sup>.

De hecho, Fischer había aclarado que la utilización del término “*Föderation*” en el título de su conferencia, se había escogido por su carácter neutro en alemán, si bien traducido al francés o al inglés tendría una significación específica<sup>314</sup>. Como dice el profesor Leben, tanto en el lenguaje ordinario como en el de los constitucionalistas, el término “Federación” evoca inmediatamente el de “Estado federal”, algo que querría evitar Fischer en su discurso, precisamente porque su modelo, con todas sus singularidades, sería perfectamente compatible con el de los estados-nación<sup>315</sup>.

---

<sup>309</sup> *Ibidem*.

<sup>310</sup> *Ibidem*, p. 777.

<sup>311</sup> *Ibidem*.

<sup>312</sup> *Ibidem*.

<sup>313</sup> *Ibidem*, p. 776.

<sup>314</sup> *Vid.* diálogo Chevènement-Fischer, *Le Monde*, 21 de junio de 2000, pp. 15-17. Debemos notar que el título en alemán de la conferencia del Ministro sería “Vom Staatenverbund zur Föderation: Gedanken über die Finalität der Europäischen Integration”, y que la palabra alemana habitual a la hora de referirse a la federación es *Bundesstaat*.

<sup>315</sup> *Vid.* LEBEN, Charles: “A Federation of Nation States or a Federal State?”, Jean Monnet Working Papers, New York University, nº 7, (2000), pp. 5-8.

De lo expuesto, cabe relativizar el carácter rupturista del discurso de Fischer respecto al modelo vigente. Con todo, debemos destacar la importancia de su exposición en su sentido constitucional y federal, así como por el rico y vivo debate que vino a desencadenar<sup>316</sup> y que podría sintetizarse en dos posiciones claramente diferenciadas: el modelo que plantearía una Europa federal, y el que propondría una Federación de estados.

En este sentido, apenas transcurrido un mes del discurso del Ministro germano, el Presidente francés, Jacques Chirac, intervino ante el *Bundestag* alemán<sup>317</sup> apostando por un enfoque diferenciado al dado por Fischer, al proponer un modelo en el que “las naciones seguirán siendo las primeras referencias”<sup>318</sup> sobre la base de una Federación de estados.

Esta dualidad en los enfoques que podría adoptar la Unión, como “Europa federal” o como “Federación de estados”, tendría su continuidad a través de diversas formulaciones y propuestas<sup>319</sup>, de las que por su importancia cualitativa destacamos dos: la del entonces Canciller alemán, Gerhard Schröder, en una línea de corte federal<sup>320</sup> siguiendo en parte lo apuntado por Fischer; y la correspondiente réplica, a través de la idea de la Federación de estados-nación desarrollada por el Primer Ministro galo del

<sup>316</sup> Vid. JOERGES, Christian - MÉNY, Yves - WEILER, J.H.H.: “What kind of Constitution for what kind of Polity? Responses to Joschka Fischer”, Jean Monnet Working Papers, New York University, nº 7, (2000). Podemos recordar, en el plano político y a título ilustrativo, el discurso de Carlo Azeglio Ciampi en la Universidad de Leipzig, el 6 de julio de 2000; las propuestas de Schröder y Amato en su “We are serious about the future of Europe”, de 21 de septiembre de 2000; la conferencia del entonces Presidente del Gobierno español, José María Aznar, en el Instituto francés de Relaciones Internacionales, de 26 de septiembre de 2000; o el discurso de Tony Blair en la Bolsa de Varsovia, de 6 de octubre de 2000.

<sup>317</sup> Vid. CHIRAC, Jacques: “Nuestra Europa”, 27 de junio de 2000, en Aldecoa Luzárraga, *La integración europea. Análisis histórico-institucional con textos y documentos*, vol. II, (1979-2002), Madrid, Tecnos, 2002, pp. 782-784.

<sup>318</sup> *Ibidem*, p. 783.

<sup>319</sup> Vid. por ejemplo, PRODI, Romano: “For a strong Europe, with a grand design and the means of action”, París, 29 de mayo de 2001; JUNCKER, Jean-Claude: “Für Gefühlsstärke”, 1 de agosto de 2001; o RAU, Johannes: “Unidad en la diversidad: ¿Qué configuración política necesita Europa?”, Berlín, 16 de noviembre de 2001.

<sup>320</sup> Vid. SCHRÖDER, Gerhard: “Responsabilidad por Europa”, 30 de abril de 2001, en Aldecoa Luzárraga, *La integración europea. Análisis histórico-institucional con textos y documentos*, vol. II, (1979-2002), Madrid, Tecnos, 2002, pp. 805-816. Se trataba de un documento presentado para el Congreso del Partido Socialdemócrata (SPD) celebrado en noviembre de ese año.



momento, Lionel Jospin<sup>321</sup>, sobre las bases, pese a sus diferencias ideológicas, de lo expuesto por Chirac.

El modelo propuesto por Schröder se dividía en dos grandes pilares. Por un lado, apostaba por un sistema institucional en la línea federal más clásica, ligado al propio diseño institucional de Alemania y edificado sobre una mayor transparencia en la toma de decisiones: una Comisión titular de un fuerte poder ejecutivo; un Parlamento Europeo con más competencias, incluyendo plenos poderes en materia presupuestaria y la generalización de la codecisión; y un Consejo que vendría a ser la cámara de los estados europea. Por otro lado, abogaba por clarificar y mejorar la delimitación de responsabilidades, especialmente la esfera competencial entre la Unión Europea y los estados, conjugando una mayor comunitarización en ámbitos como la PESC con la posibilidad, que admitía, de renacionalizar competencias (por ejemplo, la política agrícola) rechazando el funcionamiento de las denominadas competencias transversales al entender que suponían el vaciamiento de las competencias estatales, como en el caso de la normativa sobre competencia o mercado interior.

Jospin, por su parte, tomaba la idea de Delors de “Federación de Estados-nación”<sup>322</sup>, rechazando un modelo de federación que “sacaría su legitimidad sólo del Parlamento Europeo (en el que) [...] los Estados actuales tendrían el estatuto de los *Länder* alemanes o de los Estados federados americanos”<sup>323</sup>, en lo que se podía entender como una alusión a las tesis de Fischer y Schröder. En suma, la construcción europea habría de hacerse, siguiendo las orientaciones de Delors, equilibrando el ideal federativo en el que estarían la primacía o la moneda única, con la realidad de los estados-nación y la necesaria cooperación intergubernamental.

Coincidía el político francés con Schröder en la necesidad de clarificar las competencias en sentido vertical entre la Unión y los estados evitando el *micromanagement*, es decir, la legislación comunitaria de detalle que podía llegar a vaciar las competencias estatales. No obstante, Jospin rechazaba la posibilidad

---

<sup>321</sup> Vid. JOSPIN, Lionel: “El futuro de Europa ampliada”, 28 de mayo de 2001, en Aldecoa Luzárraga, *La integración europea. Análisis histórico-institucional con textos y documentos*, vol. II, (1979-2002), Madrid, Tecnos, 2002, pp. 816-823, en especial pp. 821-822.

<sup>322</sup> *Ibidem*, p. 821.

<sup>323</sup> *Ibidem*.

contemplada por el alemán de renacionalizar políticas comunes, advirtiendo de la paradoja que suponía en relación con el pretendido fortalecimiento de la integración expuesto por Schröder.

Más diferencias se observaban en el enfoque institucional, donde Jospin abogaba por la creación de un Congreso o Conferencia Permanente de Parlamentos Nacionales, que implicaría a los Parlamentos de los estados miembros en el proceso de integración europea, especialmente en lo referido al control del principio de subsidiariedad. Al mismo tiempo, apostaba por que el Consejo Europeo tuviera capacidad para disolver el Parlamento Europeo y por la novedosa figura del Consejo Permanente de Ministros compuesto por los vicepresidentes de los gobiernos nacionales y que asumiría funciones de coordinación y colegislación con el Parlamento Europeo.

Finalmente, el mandatario francés, al igual que había hecho Schröder, daba su respaldo a una Constitución Europea fundada en la Carta de los Derechos Fundamentales, sobre cuyo proceso de elaboración nos detendremos en el Capítulo Segundo de esta tesis doctoral.

De todo lo anterior, podemos concluir que ambos modelos, el de la Europa federal y el de la Federación de estados, pese a sus diferencias coinciden en que “en ambos casos se acepta la expresión federación, si bien en el caso alemán es el sustantivo y en el francés, sin embargo, se subraya el papel de los Estados”<sup>324</sup>. De hecho, el propio Jospin reconocía que el término Federación implicaba una diversidad de sentidos: podría entenderse como un gobierno europeo elegido por el Parlamento Europeo que ostentara el monopolio de la diplomacia y la defensa, lo que el político francés rechazaría de plano; o podría entenderse como un paso progresivo de compartir o transferir competencias a la Unión<sup>325</sup>. Por ello, la noción del federalismo intergubernamental a la que ya nos hemos referido, sería la que mejor englobaría estas distintas formas de entender el concepto de Federación y la que mejor se adaptaría a la realidad de una Unión Europea donde los elementos de integración política y de intergubernamentalidad se cruzan de forma continuada desde su mismo nacimiento.

---

<sup>324</sup> ALDECOA LUZÁRRAGA, Francisco: *La integración...*, p. 449.

<sup>325</sup> Vid. JOSPIN, Lionel: “El futuro...”, p. 821.

Por tanto, estamos hablando de concepciones diferenciadas acerca de la idea federal que, a su vez, es dinámica y acoge diversas variantes; además, las distintas modulaciones que acabamos de exponer se explican, en cierta medida, por la propia forma de organización interna de sus estados (federal el alemán, unitario el francés).

En todo caso, pese a las diferencias de enfoque, a principios de este siglo se había aceptado que la Unión Europea poseía una verdadera vocación federal, entendida en sentido amplio, con los elementos de carácter federal que hemos expuesto en el apartado precedente, aunque limitada por los numerosos aspectos intergubernamentales que todavía pervivían y que, como veremos a lo largo de esta tesis doctoral, supusieron que no apareciera de modo expreso la referencia al federalismo ni en la *Declaración de Laeken*<sup>326</sup> ni en el Tratado Constitucional ni en el Tratado de Lisboa.

\* \* \*

---

<sup>326</sup> Exclusión expresa del federalismo a petición, al parecer, del Reino Unido y España, lo que no significa, como recuerda Aldecoa, “que no esté presente el modelo federal”, *vid.* ALDECOA LUZÁRRAGA, Francisco: *La integración...*, p. 465.



## CAPÍTULO SEGUNDO ELABORACIÓN, CONTENIDO Y NATURALEZA DEL TRATADO CONSTITUCIONAL

### I. INTRODUCCIÓN

En diciembre del año 2000, al tiempo que el Tratado de Niza no colmaba las expectativas de profundización en la integración comunitaria, la *Declaración n° 23 relativa al futuro de la Unión*, anexa al citado Tratado, abría la puerta a una nueva reforma que desembocaría en un proceso novedoso e intenso, lleno de vaivenes y que, de forma provisional, llegaría a cambiar la faz de la Unión Europea.

Así, conforme a lo acordado al año siguiente en Laeken, se constituyó un órgano nuevo, la Convención sobre el Futuro de Europa, que acabó redactando un Proyecto de Tratado Constitucional en el año 2003 que, tras diversas vicisitudes, se convirtió en el *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*, comúnmente conocido como Tratado Constitucional o Constitución Europea, rubricado en Roma el 29 de octubre de 2004 por los Jefes de Estado y de Gobierno de los entonces veinticinco estados de la Unión, tras el acuerdo alcanzado en el Consejo Europeo de 17 y 18 de junio<sup>327</sup>.

De este modo, el proceso constitucional europeo alcanzaba un nuevo estadio: el objetivo de una Constitución formalizada dejaba de ser una posibilidad o un *petitum* de parte de los actores político-jurídico europeos para pasar a ser una realidad avalada por los gobiernos de todos los estados pertenecientes a la Unión.

Llegados a este punto, nuestra pretensión en este Capítulo Segundo es estudiar el contenido del Tratado Constitucional analizando sus principales novedades y examinar si, a la luz de los caracteres descritos en el Capítulo Primero para percibir una realidad constitucional y federal, dicha dimensión estaría presente en esta *Carta Magna* europea. Análisis que nos interesa especialmente porque, a pesar de que el Tratado

---

<sup>327</sup> En Roma fueron firmados dos instrumentos: en primer lugar, el Tratado Constitucional propiamente dicho (CIG 87/04 REV 1, denominado después de la rúbrica, con la incorporación de los nombres y cargos de los plenipotenciarios en el Preámbulo, como CIG 87/2/04 REV 2) con sus Protocolos anexos (CIG 87/04 ADD 1 REV 1; REV 2 para las versiones alemana y finesa). Paralelamente, los plenipotenciarios de los entonces veinticinco miembros y, en este segundo caso, también de Bulgaria, Rumanía y Turquía (como observadores) rubricaron el Acta Final de la CIG (CIG 87/04 ADD 2 REV 2).

Constitucional no llegaría a entrar en vigor al encallar en la fase de ratificación (de ello hablaremos en el Capítulo Tercero), la mayor parte de sus innovaciones pasarían a ser Derecho vigente (aunque muchas de ellas con otra nomenclatura) al entrar en vigor del Tratado de Lisboa en el año 2009.

Este estudio del Tratado Constitucional no puede omitir, aunque sea telegráficamente, ciertas dificultades derivadas de su recepción en el ordenamiento jurídico español, en especial derivadas de la interpretación del principio de primacía. No obstante, previamente tendremos que detenernos, también de modo sintético, en algunos textos y proyectos que ya fuera por su simbolismo o por su propio contenido, han tenido alguna incidencia en el devenir constitucional europeo de los últimos años, pudiendo situarse incluso como precedentes *lato sensu* del Tratado Constitucional.

Además, no podemos obviar, y por ello también será tratado, el contexto europeo que permitirá que se abra paso la idea de redactar una Constitución continental en sentido formal y el método seguido para su elaboración que, junto al clásico modelo diplomático previsto en el art. 48 TUE, incluyó una preliminar Convención Europea.

## II. LOS INTENTOS MÁS RELEVANTES DE CONSTITUCIONALIZACIÓN FORMAL EUROPEA

Con la elección directa del Parlamento Europeo por los ciudadanos de los estados miembros, llevada a cabo por vez primera en 1979, se había dado un paso de enorme calado de cara a la democratización del proceso de integración comunitaria. Además, esta institución se configuraría, con la legitimidad de sus miembros reforzada por la elección popular, en vanguardia del europeísmo, articulando en su seno numerosas iniciativas dirigidas a profundizar la integración de las que destacan dos sobremanera: el proyecto Spinelli de 1984, y el proyecto Herman de 1994.

La importancia de ambas iniciativas está fuera de toda duda. Por ello serán pieza angular de este epígrafe, ya que aunque no se convirtieron en Derecho vigente su influjo estaría presente en otras reformas que sí llegaron a ser realidad. Por último, abordaremos el proceso que condujo a la aprobación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en el año 2000 que, aunque sin fuerza jurídica de inicio, contribuía a que la Unión adquiriera la dimensión constitucional que hasta

entonces negaba una parte de la doctrina, al no existir formalmente un instrumento de protección de los derechos fundamentales. Además, la elaboración de dicha Carta se produjo a través de una Convención que serviría de referencia a la que posteriormente redactaría el Proyecto de Tratado Constitucional.

A. El proyecto Spinelli: la propuesta de Tratado de la Unión Europea elaborada por el Parlamento Europeo

Pese al importante paso que en el proceso de consolidación europea supuso la elección directa del Parlamento Europeo por sufragio universal<sup>328</sup> o la adopción del Sistema Monetario Europeo<sup>329</sup>, el proyecto de construcción continental estaba a principios de la década de los ochenta del siglo pasado sumido en una crisis de su sistema político, causando una sensación de impotencia frente a los cambios internacionales e internos, en especial a raíz de los efectos derivados de las crisis económicas de los años setenta y de la incapacidad para poner en marcha en toda su plenitud las iniciativas previstas en el ambicioso *Informe Tindemans* que pretendían estimular el proceso de integración<sup>330</sup>.

Ante esta situación, los gobiernos europeos comenzaron a impulsar algunas medidas para relanzar la Comunidad Europea que suponían “ligeros retoques al sistema de Comunidad de Estados pero sin cambiar el modelo existente, es decir, sin acometer en profundidad las causas de su mal funcionamiento ni mucho menos proponer reformas de alcance”<sup>331</sup>.

Frente a esta realidad, el nuevo Parlamento Europeo apostó por un cambio global que sustituyera la política de pequeñas reformas. Así, bajo el impulso de Altiero

---

<sup>328</sup> Hasta ese momento, los parlamentarios europeos eran designados entre los parlamentarios nacionales por los propios Parlamentos de los estados miembros. Las primeras elecciones se celebraron el 7 y 9 de junio de 1979.

<sup>329</sup> El Sistema Monetario Europeo entró en vigor, en su primera fase, el 13 de marzo de 1979.

<sup>330</sup> El *Informe Tindemans*, presentado al Consejo Europeo en diciembre de 1975, abogaba, entre otras cosas, por crear la Unión Europea, fortalecer el papel del Parlamento Europeo, establecer una moneda única (la idea de una Unión Económica y Monetaria derivaba de la Conferencia de Jefes de Estado y de Gobierno de 1969 en La Haya), o diseñar una política exterior y de seguridad. Para un análisis completo del contenido y consecuencias de este informe, *vid.* TRUYOL Y SERRA, Antonio: *La integración...*, pp. 117-134.

<sup>331</sup> ALDECOA LUZÁRRAGA, Francisco: *La integración...*, p. 67. Algunas de las propuestas más significativas de las que se hace eco este autor serían el Plan Genscher-Colombo y la Declaración de Stuttgart sobre la Unión Europea adoptada por el Consejo Europeo en junio de 1983, *vid.* pp. 68-69.

Spinelli<sup>332</sup>, aprobó la creación de una Comisión Institucional encargada de la modificación de los Tratados comunitarios que elaboraría un Proyecto de Tratado sobre la Unión Europea<sup>333</sup>, siendo aprobado por el Pleno del Parlamento Europeo el 14 de febrero de 1984<sup>334</sup>. El proyecto de Tratado constaba de 87 artículos divididos en tres partes diferenciadas<sup>335</sup>.

La Primera Parte creaba la Unión Europea (art. 1); la ciudadanía de la Unión vinculada a la de los estados miembros (art. 3); fortalecía la defensa de los derechos fundamentales vinculándolos a los “principios comunes de las constituciones de los estados miembros, así como del Convenio europeo de salvaguardia de los derechos del hombre y libertades fundamentales” (art. 4.1)<sup>336</sup> incluyendo la posibilidad de establecer sanciones en caso de que algún Estado miembro violara de forma grave y persistente los principios democráticos o de los derechos fundamentales (art. 4.4)<sup>337</sup>; confería personalidad jurídica a la Unión (art. 6); reconocía el acervo comunitario (art. 7); y, entre las instituciones de la Unión (Parlamento, Consejo de la Unión, Comisión y Tribunal de Justicia) daba encaje explícito al Consejo Europeo que, en ese momento, revestía todavía carácter informal (art. 8).

La Segunda Parte recogía los objetivos (art. 9) y los métodos de acción: la acción común y la cooperación (arts. 10 y 11) que servirían de base para la posterior

<sup>332</sup> Se trataba de un grupo compuesto inicialmente por nueve parlamentarios europeos de diferentes nacionalidades e inspiración federalista, conocidos bajo el nombre de “Club del Cocodrilo” debido al restaurante de Estrasburgo donde celebraban sus encuentros.

<sup>333</sup> Vid. *Resolución del Parlamento Europeo de 9 de julio de 1981*. Esta Comisión estudió primeramente todas las propuestas institucionales existentes entre 1950 y 1982 elaborando unas directrices sobre la reforma y la realización de la Unión Europea aprobadas por el Parlamento el 6 de julio de 1982. Al año siguiente, la *eurocámara* aprobó un informe de la Comisión Institucional sobre el contenido del anteproyecto de Tratado que sería la base utilizada por la Comisión para finalizar sus trabajos y dejar elaborado el proyecto definitivo en septiembre de 1983, vid. ALDECOA LUZÁRRAGA, Francisco: *La integración...*, p. 73.

<sup>334</sup> Vid. *Resolución relativa al proyecto de Tratado por el que se constituye al Unión Europea, de 14 de febrero de 1984*. El resultado sería de 237 votos a favor, 31 en contra y 43 abstenciones.

<sup>335</sup> En la medida que nos referimos al proyecto Spinelli como uno de los antecedentes del texto constitucional, las referencias a sus disposiciones serán necesariamente sintéticas y ligadas a aquellos aspectos que consideramos más relevantes para nuestra investigación. Sobre el proyecto Spinelli vid. SIDJANSKI, Dusan: *El futuro federalista de Europa. De los orígenes de la Comunidad Europea a la Unión Europea*, Barcelona, Ariel, 1998, pp. 101-113.

<sup>336</sup> Mención que recogería posteriormente el Tratado de Maastricht.

<sup>337</sup> Procedimiento complementado con lo dispuesto en el art. 44 del proyecto y que sería recogido por el Tratado de Ámsterdam en 1997.



estructura de pilares adoptada por el TUE<sup>338</sup>. Además, se establecía la clasificación de las competencias de la Unión (art. 12) sobre la base de la jurisprudencia emanada del Tribunal de Justicia, distinguiendo entre exclusivas (donde las instituciones comunitarias serían las únicas competentes) y concurrentes (en las que la acción de los estados se ejercitaría donde no haya intervenido la Unión) a través de ámbitos que se concretarían en la Tercera Parte del proyecto: entre las competencias exclusivas estarían el mercado interior y la libre circulación, la política de competencia, la política comercial y la de ayuda al desarrollo; dentro de las concurrentes podrían citarse el resto de la política económica (política coyuntural, política de crédito, unión monetaria, políticas sectoriales) y las políticas de sociedad (política social y sanitaria, política respecto a los consumidores, política regional, política de medio ambiente, política de educación e investigación, política cultural y política de información)<sup>339</sup>. Al mismo tiempo, se abrían hueco dos principios de clara inspiración federal: el principio de subsidiariedad<sup>340</sup> y el de lealtad comunitaria<sup>341</sup>, si bien el proyecto todavía no utilizaba esa nomenclatura.

La Tercera Parte, cuantitativamente la más extensa, contenía las previsiones relativas a la arquitectura institucional (arts. 14-33), a los actos (arts. 34-44), a las políticas (arts. 45-62), a las relaciones internacionales (arts. 63-69) y a las finanzas de la Unión (arts. 70-81).

Como podía esperarse en una propuesta emanada del Parlamento Europeo, esta institución salía muy fortalecida, reconociéndosele su papel colegislador (art. 36, ejercido de forma conjunta con el Consejo) y mejorando su control sobre la Comisión, por la necesidad del voto de investidura a la misma y a su programa y reforzamiento de

<sup>338</sup> Vid. ALDECOA LUZÁRRAGA, Francisco: *La integración...*, p. 76. El proyecto recogía, además, que determinadas materias objeto de cooperación podrían convertirse en acciones comunes, lo que para este autor sería un antecedente del sistema de pasarelas recogido en el Tratado de Maastricht.

<sup>339</sup> Vid. ALDECOA LUZÁRRAGA, Francisco: *La integración...*, p. 76.

<sup>340</sup> De acuerdo con el art. 12.2 del proyecto, en el ejercicio de las competencias concurrentes “la Unión únicamente procederá a realizar aquellas funciones que puedan ser emprendidas en común de forma más eficaz que si los Estados miembros actuaran separadamente, en particular aquéllas cuya realización exija la acción de la Unión, dado que sus dimensiones o sus efectos superen las fronteras nacionales”.

<sup>341</sup> Principio reflejado en el art. 13 en su doble vertiente positiva y negativa: “La Unión y los Estados miembros cooperarán en mutua confianza en la aplicación del derecho de la Unión. Los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones derivadas del presente tratado, o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión. Además, facilitarán a aquélla el cumplimiento de su misión, y se abstendrán de toda medida susceptible de poner en peligro la realización de los objetivos de la Unión”.

la posibilidad del voto de censura (art. 16). La Comisión mantenía el *cuasi* monopolio de la iniciativa legislativa (art. 28) otorgándosele al tiempo, cierta capacidad reglamentaria (art. 40). Los miembros del Tribunal de Justicia serían elegidos por mitades entre el Parlamento y el Consejo (art. 30.2) y se institucionalizaba al Consejo Europeo (art. 31).

Además, el proyecto Spinelli hacía una nueva configuración de los actos jurídicos de la Unión partiendo del concepto de ley previsto en el art. 34<sup>342</sup>, y recogía de modo explícito los principios de primacía y efecto directo del Derecho de la Unión (art. 42) que, como vimos en su momento, habían tenido un desarrollo jurisprudencial.

Para finalizar, conviene resaltar la previsión contenida, dentro de las *Disposiciones generales y finales*, en el art. 82 del proyecto: “cuando el presente Tratado haya sido ratificado por una mayoría de Estados miembros de las Comunidades cuya población represente los 2/3 de la población global de las Comunidades, los gobiernos de los Estados miembros que hayan ratificado se reunirán inmediatamente para decidir, de común acuerdo, los procedimientos y la fecha de entrada en vigor del presente Tratado, así como las relaciones con los Estados miembros que aún no lo hayan ratificado”. Como bien recuerda Aldecoa, el objetivo de este mecanismo era doble: “a) evitar el obstáculo de la aprobación unánime por el Consejo de Ministros, permitiendo que la adhesión y la ratificación de los Estados miembros tenga lugar en momentos diferentes, y b) evitar que la entrada en vigor del Tratado esté condicionada a la adhesión y ratificación de todos los Estados miembros”<sup>343</sup>. Sobra decir que esta cuestión ha estado periódicamente de actualidad en cada proceso de reforma de los Tratados, ya que la unanimidad prevista en el art. 48 TUE impediría la entrada en vigor del Tratado Constitucional debido al rechazo francés y holandés y, la más reciente negativa británica a modificar el Tratado de Lisboa, propiciaría un nuevo Tratado

---

<sup>342</sup> Según lo dispuesto en el art. 34.1, “la ley fija las reglas que se aplican a la acción común. En la medida de lo posible se limitará a determinar los principios fundamentales que rigen la acción común y dejará a las autoridades encargadas de su ejecución, dependientes de la Unión o de los Estados miembros, el cuidado de precisar las modalidades de aplicación”. Pero el proyecto Spinelli iba más allá y distinguía entre leyes orgánicas, que exigían una mayoría diferenciada por razón de materia (conforme al art. 34.2 su objeto sería la organización y funcionamiento de las instituciones, a las que habría que añadir las otras materias expresamente consideradas así en el proyecto), leyes presupuestarias (adoptadas según el procedimiento del art. 76) y leyes ordinarias (el resto).

<sup>343</sup> ALDECOA LUZÁRRAGA, Francisco: *La integración...*, p. 77.

intergubernamental que, paradójicamente, prevé un proceso de entrada en vigor que rompa con la regla de la unanimidad.

Con este proyecto, el Parlamento daba una respuesta global para resolver cuatro problemas fundamentales: el déficit de legitimidad democrática (dando al Parlamento Europeo un papel real político y legislativo), la falta de eficiencia económica (fijando el objetivo de la Unión Económica y Monetaria), la escasa eficacia en el proceso de toma de decisiones (introduciendo la mayoría cualificada como regla general) y la escasa relevancia de Europa en el mundo (introduciendo las bases de lo que posteriormente sería la Política Exterior Común). Planteamientos que, aunque tuvieron dificultades para hacerse paso en el corto plazo, pues el proyecto no entraría en vigor<sup>344</sup>, serían aplicados en ulteriores etapas del proceso de integración europea<sup>345</sup> y, en algunos casos, llegarían y mantendrían ese carácter novedoso en el texto constitucional rubricado en Roma<sup>346</sup> o en el propio Tratado de Lisboa.

De todo lo expuesto, se puede concluir, como incide Aldecoa que “ese Proyecto de Tratado era formalmente un proyecto de tratado pero materialmente reunía de alguna manera los requisitos de un proyecto de Constitución”<sup>347</sup>, iniciando “el proceso de mutación de Comunidad Europea en Unión Europea puesto que inventa el modelo de la Unión [...] concebido desde la resolución del Parlamento de asumir plenamente la iniciativa federalista de dar un nuevo impulso a la construcción europea”<sup>348</sup>.

## B. El proyecto Herman: la propuesta de Constitución del Parlamento Europeo

El éxito relativo que supuso el proyecto Spinelli, dando una respuesta global y sustantivamente valiosa a la situación en la que en ese momento se encontraban las

<sup>344</sup> Lo cierto es que esta iniciativa del Parlamento Europeo no despertó el entusiasmo de los gobiernos estatales, que sin duda la consideraban demasiado ambiciosa. Como dice Sidjanski, “ocurrió lo de siempre. Fieles a su tradición, los gobiernos prefirieron retocar los Tratados existentes antes que hacer suyo el Proyecto de Unión del Parlamento Europeo”, SIDJANSKI, Dusan: *El futuro...*, p. 113.

<sup>345</sup> Sobre las aportaciones del proyecto Spinelli recogidas en el Acta Única, Tratado de Maastricht, Tratado de Ámsterdam y Tratado de Niza, *vid.* cuadro analítico nº 3, ALDECOA LUZÁRRAGA, Francisco: *La integración...*, pp. 481-482.

<sup>346</sup> Como afirma Méndez de Vigo “[...] aunque elaborado hace veinte años, el Tratado Spinelli era extraordinariamente contemporáneo y muchas de las propuestas que él hizo están hoy en el Tratado constitucional”, MÉNDEZ DE VIGO, Íñigo: *El rompecabezas. Así redactamos la Constitución Europea*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2005, p. 355.

<sup>347</sup> ALDECOA LUZÁRRAGA, Francisco: *La integración...*, p. 74; este autor afirma que “dicho texto es, al menos desde una perspectiva material, el germen de una auténtica Constitución”, p. 204.

<sup>348</sup> ALDECOA LUZÁRRAGA, Francisco: *La integración...*, p. 86.

Comunidades Europeas, fortaleció el papel de su autor (el Parlamento Europeo) en el proceso de integración. Además, como ya hemos comentado, algunos de sus planteamientos serían acogidos en el Acta Única (por ejemplo las novedades introducidas respecto de la protección de derechos fundamentales), a la vez que otros se incorporarían al debate doctrinal a la espera de ulteriores reformas (competencias o personalidad jurídica).

En esta línea, y bajo la agenda reformista con la que el Parlamento Europeo había comenzado la legislatura 1989-1994, un grupo de *eurodiputados* encabezados por Luster presentaron el 2 de agosto de 1989 una propuesta de resolución sobre la elaboración de una Constitución Europea que sería remitida a la Comisión de Asuntos Institucionales. De este modo, y bajo el impulso de Emilio Colombo, se aprobarían dos resoluciones en el año 1990 para comenzar a trabajar en una propuesta constitucional<sup>349</sup> sustentada en el proyecto Spinelli y en el Acta Única Europea; propuesta que preveía una Unión Europea con una orientación federal dotada de una política exterior, de seguridad, y de defensa común, en la que el Parlamento Europeo y el Consejo ejercitaran las funciones legislativas en pie de igualdad, estableciendo en el texto un título propio sobre derechos y libertades fundamentales<sup>350</sup>.

No obstante, estos trabajos iniciados en la Comisión de Asuntos Institucionales del Parlamento Europeo se vieron ralentizados y mediatizados por la Conferencia Intergubernamental de la que saldría el Tratado de Maastricht, de modo que la concreción de la propuesta constitucional habría de esperar hasta 1993 para dar el siguiente paso, conocido como el proyecto Oreja<sup>351</sup> y, sobre todo, al 10 de febrero de 1994 para alcanzar un acuerdo sobre un proyecto de Constitución de la Unión

<sup>349</sup> Vid. *Resolución sobre las orientaciones del Parlamento Europeo acerca de un Proyecto de Constitución para la Unión Europea* (Primer Informe Colombo), de 11 de julio de 1990, seguida de la *Resolución sobre los fundamentos constitucionales de la Unión Europea* (Segundo Informe Colombo), de 12 de diciembre de 1990; en el mismo sentido podemos recordar la posterior *Resolución del Parlamento Europeo sobre los resultados de las Conferencias Intergubernamentales*, de 7 de abril de 1992.

<sup>350</sup> En esta configuración, el Parlamento Europeo no era ajeno a los cambios que se estaban produciendo en la Europa del Este, con la caída de los regímenes comunistas y la unificación de Alemania.

<sup>351</sup> Vid. *Proyecto de informe sobre la Constitución Europea*, de 27 de abril de 1993. Marcelino Oreja era el ponente de este proyecto, ya concebido como un texto articulado; al abandonar el Parlamento Europeo antes del fin de la legislatura, la ponencia pasó a Fernand Herman.

Europea<sup>352</sup>, dotado de ocho títulos y 47 artículos, tomando el nombre de su ponente, el *eurodiputado* Fernand Herman.

En el Título I, cobra especial importancia el art. 1, que dispone expresamente que los poderes de la Unión emanan de los ciudadanos (art. 1.1) situándose así en un esquema de raíz federal; le otorga personalidad jurídica (art. 1.3); y proclama los principios de cooperación leal y primacía del Derecho de la Unión (arts. 1.5 y 1.6 respectivamente). Los objetivos y la ciudadanía de la Unión se recogen en los arts. 2 y 3, al tiempo que la protección de los derechos fundamentales se establecía a través de un sistema múltiple: el art. 7 garantiza los derechos enunciados en el Título VIII del proyecto (que establecen un novedoso catálogo de derechos integrados en la Constitución, modelo que, con matices, se repetirá en el Tratado Constitucional) así como el respecto de los derechos fundamentales conforme a lo previsto en el CEDH y demás instrumentos internacionales aplicables, tal y como resultan de los principios constitucionales comunes de los estados miembros<sup>353</sup>.

El Título II se dedica a las competencias de la Unión, recogiendo los principios de subsidiariedad y proporcionalidad (art. 10) ya presentes desde Maastricht; y un confuso sistema de atribución competencial (art. 8) que en lugar de simplificar “lo convertía en un auténtico cajón de sastre”<sup>354</sup> con la coexistencia de Constitución, Tratados constitutivos, acervo comunitario y acuerdos internacionales.

El Título III recoge el cuadro institucional. El Parlamento sale nuevamente fortalecido, ya que se reconoce su papel legislador (incluyendo el ámbito presupuestario) y se potencia su carácter político con la elección del Presidente de la Comisión (a propuesta del Consejo Europeo), el voto de investidura (art. 15) y la posibilidad de censura a la Comisión (art. 22.3). El Consejo Europeo, al igual que en su momento había hecho el proyecto Spinelli, es institucionalizado (art. 16). El Consejo, por su parte, tendría un Presidente elegido por mayoría cualificada con un mandato de

---

<sup>352</sup> Vid. *Resolución del Parlamento Europeo sobre la Constitución de la Unión Europea*, de 10 de febrero de 1994 adoptada en el seno de la Comisión de Asuntos Institucionales; no obstante, remitía su aprobación al Parlamento Europeo emanado de las elecciones de junio de 1994.

<sup>353</sup> No obstante, los derechos electorales, la actividad política y la libertad de circulación, se regularían en los arts. 4, 5 y 6, lo que supone la crítica de autores como Cancela Outeda al considerar que “no se acierta a comprender el porqué de la ubicación de los derechos electorales, la actividad política y la libertad de circulación fuera de este Título”, CANCELA OUTEDA, Celso: *Hacia...*, pp. 222-223.

<sup>354</sup> CANCELA OUTEDA, Celso: *Hacia...*, pp. 223.

un año renovable hasta tres (art. 19, que rompía, por tanto, el criterio de la rotación) a la vez que el modo de adopción de decisiones en este órgano, sería “por mayoría de Estados y por mayoría de población” (art. 20) en sus distintas modalidades (mayoría simple, cualificada y supercualificada). Respecto del Tribunal de Justicia, se disponía que sus miembros serían nombrados por el Parlamento y por el Consejo por un período de nueve años (art. 25).

Conviene destacar el novedoso y original Título IV, que distingue en su art. 31 entre actos de naturaleza legislativa (leyes constitucionales, orgánicas y ordinarias) y de naturaleza reglamentaria (reglamentos de ejecución y decisiones individuales), atribuyendo la función reglamentaria a la Comisión (con excepciones donde pasaría al Consejo) y la ejecutiva a los estados miembros (art. 34). El art. 31 también serviría de referencia para la revisión de esta Constitución de la Unión: para aprobar leyes constitucionales que modifiquen o completen la Constitución, sería necesaria la mayoría de dos tercios de los miembros del Parlamento Europeo y una mayoría supercualificada del Consejo<sup>355</sup>.

Por último, los Títulos V, VI y VII se referían, respectivamente, a las relaciones exteriores (recogiendo los principios establecidos en Maastricht), condiciones de adhesión (con el requisito imprescindible del respeto a los principios democráticos) y las disposiciones finales, en las que se admitían las cooperaciones reforzadas (art. 46) y se rompía con la tradicional regla de la unanimidad para la entrada en vigor de la Constitución (como también había hecho el proyecto Spinelli), al ser suficiente la ratificación por la mayoría de los estados miembros que representaran cuatro quintos de la población (art. 47).

El proyecto de Constitución introducía varios cambios radicales: en el sistema de fuentes (distinguiendo entre actos legislativos y actos reglamentarios), en la arquitectura institucional (al dotar al Parlamento de capacidad legislativa en plena igualdad con el Consejo), simplificando enormemente el procedimiento legislativo, invirtiendo el régimen existente en la función ejecutiva, y avanzando en la protección

---

<sup>355</sup> Como expresa Aldecoa, el art. 31 del proyecto Herman “acaba con el método diplomático de las Conferencias Intergubernamentales haciendo factibles las revisiones mediante leyes constitucionales y orgánicas, según los ámbitos a reformar”, ALDECOA LUZÁRRAGA, Francisco: *La integración...*, p. 205.

jurisdiccional de los derechos humanos a través del recurso de amparo al Tribunal de Luxemburgo<sup>356</sup>. Además, este proyecto de Constitución ya recogía la idea de Convención<sup>357</sup> que, como veremos de inmediato, sería utilizada para elaborar la Carta de los Derechos Fundamentales y el Tratado Constitucional.

No obstante, como recoge Aldecoa “se criticó el proyecto por ser poco ambicioso, con un enfoque excesivamente diplomático e insuficientemente político, marcado por el deseo de los sucesivos ponentes de que no implicase una ruptura radical con lo existente [...] y dejando al margen reivindicaciones históricas de la eurocámara”<sup>358</sup>. Todo ello supuso que la influencia ejercida por este proyecto de Constitución fuera considerablemente menor a la que en su día tuvo el proyecto Spinelli, de ahí que sus previsiones apenas fueran recogidas en el Tratado de Ámsterdam aprobado tres años después<sup>359</sup>. Además, el proyecto de Constitución no llegó a superar la propia tramitación parlamentaria “pues adolecía de un defecto de partida, su propio nombre, al haber sido bautizado con un término políticamente muy sensible entonces y ahora: «Constitución»”<sup>360</sup>.

En todo caso, los proyectos Spinelli y Herman tendrían una gran trascendencia en el proceso de constitucionalización europeo (sobre todo el primero) con independencia de que no llegaron a entrar en vigor. De hecho, para Pereira Menaut, “eran mejores, más sobrios e realistas que o de Giscard, pero nacieron extemporaneamente”<sup>361</sup>, apuntando que aunque también eran escritos y rígidos, partían de un planteamiento diferente al reflejado en el Tratado Constitucional al no tener la base codificadora que se podría detectar en éste, lo que posiblemente les permitiría superar mejor el proceso de ratificación<sup>362</sup>.

<sup>356</sup> Vid. MANGAS MARTÍN, Araceli - LIÑÁN NOGUERAS, Diego J.: *Instituciones...*, 2010, p. 41.

<sup>357</sup> En realidad figura en la resolución de la *eurocámara* que contiene el proyecto. Así, “propone que, antes de la Conferencia Intergubernamental prevista para 1996, se celebre una Convención europea que congregue a los miembros del Parlamento Europeo y de los parlamentos de los Estados miembros de la Unión”, *Resolución del Parlamento Europeo sobre la Constitución de la Unión Europea*, de 10 de febrero de 1994.

<sup>358</sup> ALDECOA LUZÁRRAGA, Francisco: *La integración...*, p. 206.

<sup>359</sup> Vid. CANCELA OUTEDA, Celso: *Hacia...*, pp. 224.

<sup>360</sup> MANGAS MARTÍN, Araceli - LIÑÁN NOGUERAS, Diego J.: *Instituciones...*, 2010, p. 41. De hecho, autores como De Carreras la consideraban como una Constitución en sentido formal a todos los efectos, vid. DE CARRERAS, Francesc: “Por una Constitución europea”, *Revista de Estudios Políticos*, 1995, p. 205.

<sup>361</sup> PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos: “¿Otro modelo...”, p. 188.

<sup>362</sup> Vid. *ibidem*.

### C. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

Cinco años después de que el Parlamento Europeo formulara su proyecto de Constitución en cuyo Título VIII se esbozaba un catálogo de derechos, los Jefes de Estado y de Gobierno de la Unión decidieron en sendos Consejos Europeos celebrados en 1999 (el de Colonia, el 3 y 4 de junio, y Tampere, los días 15 y 16 de octubre) impulsar la elaboración de una Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Las razones para elaborar la Carta eran variadas: dar mayor seguridad jurídica a la protección de derechos, que hasta ese momento se hacía principalmente caso a caso por vía jurisprudencial<sup>363</sup>; aumentar la lista de derechos ya recogida en el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, intentando solucionar el problema de las reservas hechas por algunos estados a determinados preceptos; o, incluso, y de ahí su relevancia a los efectos que ahora nos ocupan, el carácter simbólico que la existencia de un catálogo de derechos fundamentales podría suponer en el proceso de constitucionalización de la Unión.

De esta forma, las Conclusiones del Consejo de Colonia establecen en el Anexo IV una decisión relativa a la elaboración de una Carta de los Derechos Fundamentales, que, según manifiesta el propio Consejo Europeo, sería una exigencia de la evolución actual de la Unión<sup>364</sup>. Fijaba igualmente una tipología de derechos que habría de contener (libertad, igualdad, principios procesales fundamentales, derechos básicos de los ciudadanos de la Unión o derechos económicos y sociales) así como un novedoso mecanismo de elaboración (la futura Convención) y el calendario (diciembre de 2000)

---

<sup>363</sup> La evolución del sistema europeo de protección de derechos fundamentales, así como el proceso de gestación y elaboración de la Carta, puede verse en RUIZ MIGUEL, Carlos: “El largo y tortuoso camino hacia la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, en Ruiz Miguel (coordinador), *Estudios sobre la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Santiago de Compostela, Universidade de Santiago de Compostela, 2004, pp. 13-51. Este autor adopta una perspectiva crítica con la Carta, a la que llega a calificar de “vía muerta”, por no solucionar, e incluso agravar, la bifurcación de vías hacia la construcción política de la Unión (dualidad Carta-CEDH; Tribunal de Justicia-Tribunal Europeo de Derechos Humanos), pp. 50-51. En general, sobre la Carta de los Derechos Fundamentales, *vid.* RUIZ MIGUEL, Carlos (coordinador): *Estudios sobre la Carta Europea de los Derechos Fundamentales*, Santiago de Compostela, Universidade de Santiago de Compostela, 2004.

<sup>364</sup> *Vid. Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo*, Colonia, 3 y 4 de junio de 1999, puntos 44 y 45. Paralelamente también se convocaba una Conferencia Intergubernamental para el año 2000 con el objetivo de realizar las reformas pendientes en Ámsterdam y que cristalizaría en el Tratado de Niza.



para que se llevase a cabo<sup>365</sup>. Para más adelante quedaría “estudiar si debe incorporarse la Carta a los Tratados y, en caso afirmativo, de qué modo ha de hacerse”<sup>366</sup>.

De este modo se diseñaba un nuevo órgano, la Convención, que cobraría gran importancia, al dar respuesta a la tradicional petición del Parlamento Europeo de conseguir un mayor protagonismo (y también para los Parlamentos de los estados) a la hora de preparar las conferencias intergubernamentales de reforma de los Tratados<sup>367</sup> y que, además, serviría de banco de pruebas de la posterior Convención que elaboraría el *Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa* que, con los retoques realizados en la CIG, se convertiría en el Tratado Constitucional que en breve examinaremos.

La regulación de este nuevo órgano se llevaría a cabo en el Consejo Europeo de Tampere celebrado sólo unos meses más tarde<sup>368</sup>, contando con 62 miembros titulares distribuidos de la siguiente forma: 15 representantes de los Jefes de Estado y de Gobierno, 16 miembros del Parlamento Europeo, 30 miembros de los Parlamentos Nacionales (dos por cada Estado), y un miembro de la Comisión representante del

---

<sup>365</sup> *Decisión del Consejo Europeo relativa a la elaboración de una Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo, Anexo IV, Colonia, 3 y 4 de junio de 1999*, por la que “[...] El Consejo Europeo considera que un proyecto de Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea debe ser redactado por un órgano en el que participen delegados de los Jefes de Estado y de Gobierno y del Presidente de la Comisión Europea y miembros del Parlamento Europeo y de los Parlamentos nacionales. Deberían participar como observadores representantes del Tribunal de Justicia Europeo y habría de escucharse la opinión de representantes del Comité Económico y Social, del Comité de las Regiones, de grupos sociales y de expertos. [...] Ese órgano presentará, con tiempo suficiente para el Consejo Europeo que tendrá lugar en diciembre del año 2000, un proyecto de Carta. A partir de ese proyecto, el Consejo Europeo propondrá junto con el Consejo, al Parlamento Europeo y a la Comisión, la proclamación solemne de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea”.

<sup>366</sup> *Ibidem*.

<sup>367</sup> El sistema de Convención permitiría al Parlamento Europeo participar en la creación del Derecho Constitucional de la Unión Europea, *vid.* ALDECOA LUZÁRRAGA, Francisco: *La integración...*, pp. 286-287. Este método, impulsado por *europarlamentarios* españoles como Gil-Robles o Méndez de Vigo, ya se había reclamado en la *Resolución del Parlamento Europeo sobre el Tratado de Ámsterdam*, de 19 de noviembre de 1997. Sobre el método empleado por la Convención de la Carta, *vid.* DELOCHE-GAUDEZ, Florence: “La Convention pour l’élaboration de la Charte des droits fondamentaux: une méthode d’avenir?”, *Notre Europe*, 2001 ([www.notre-europe.asso.fr](http://www.notre-europe.asso.fr)), pp. 5-33; de todas formas, en ese momento el novedoso órgano únicamente se preveía para la elaboración de la Carta y no respecto de posibles reformas de los Tratados para las que la CIG seguía siendo el único camino.

<sup>368</sup> *Vid.* Anexo denominado *Composición, método de trabajo y disposiciones prácticas del órgano competente para la elaboración de un proyecto de Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, con arreglo a lo dispuesto en las Conclusiones de Colonia*, Tampere, 15 y 16 de octubre de 1999. Con todo, Tampere no dispuso cuál habría de ser la denominación del nuevo “órgano competente”, adoptándose en primera instancia la expresión inglesa *the body*, y posteriormente, a raíz de la propuesta de Johanna Maij Weggen y Martin Schulz (CHARTe 4105/00), el término *convent* o convención, que rápidamente se asentaría y serviría para el posterior órgano previsto en Laeken.

Presidente de esta institución. A dichos componentes de pleno derecho habría que sumar como observadores dos miembros procedentes del Tribunal de Luxemburgo y otros dos representantes del Consejo de Europa<sup>369</sup>. Por otro lado, Tampere establecía la posibilidad de que los miembros titulares pudieran ser sustituidos por suplentes en caso de que no pudieran asistir a las reuniones de dicho órgano<sup>370</sup>.

Por consiguiente, esta Convención encargada de elaborar la Carta tenía un mandato concreto: redactar un catálogo de derechos fundamentales que incluyera los derechos civiles y políticos<sup>371</sup>, los derechos económicos y sociales, y los derechos derivados de la ciudadanía de la UE, reagrupando los derechos reconocidos por los Tratados de la Comunidad, los principios constitucionales comunes de los estados, el CEDH o las Cartas Sociales de la UE y del Consejo de Europa. No obstante, su finalidad consistía en elaborar un proyecto de listado de los derechos fundamentales según se aplicaban en el ámbito de la acción de la UE, no preparar un texto aplicable a los estados en el marco de sus propias competencias<sup>372</sup>, siendo posible definir claramente dos límites: la Convención no podría crear nuevos derechos, ni modificar las constituciones de los estados miembros<sup>373</sup>.

<sup>369</sup> De los dos representantes del Consejo de Europa, uno vendría del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Este papel reservado a una entidad extracomunitaria se justificaría por su competencia en materia de Derechos Humanos, y por la necesidad de que la Carta fuera coherente con el CEDH, *vid.* ALDECOA LUZÁRRAGA, Francisco: *La integración...*, p. 287. Tampere establecía también que serían invitados a dar su opinión el Comité de las Regiones, el Comité Económico y Social y el Defensor del Pueblo; en análogo sentido, la Convención podría solicitar la intervención de otros organismos, grupos sociales o expertos, y establecer vías de comunicación con los estados candidatos, cuando lo considerase necesario para el desarrollo de sus trabajos.

<sup>370</sup> Además, este Consejo Europeo dispuso que el nuevo órgano eligiera a su Presidente y a sus vicepresidentes de entre cada una de las representaciones (instituciones u órganos de origen de los miembros de la Convención) que la componían, así como que la Secretaría General del Consejo se encargara de los servicios de secretaría de la Convención. Del mismo modo, estableció unas pautas básicas de organización: la Convención estaría dirigida por un comité de redacción integrado por cinco miembros que se convertiría en el *Praesidium* (siendo elegido presidente el alemán Roman Herzog) y podrían crearse Grupos de Trabajo *ad hoc* abiertos a todos los miembros del órgano.

<sup>371</sup> En este sentido, resulta destacable el papel que la CDF otorga a los partidos políticos, al disponer en su art. 12, después de garantizar la libertad de reunión y asociación en todos los niveles y de forma especial en los ámbitos político, sindical y cívico, que “los partidos políticos a escala de la Unión contribuyen a expresar la voluntad política de los ciudadanos de la Unión”; sobre esta disposición y su significación en el contexto europeo, *vid.* SOLER SÁNCHEZ, Margarita: “Libertad de reunión y asociación”, en Álvarez Conde - Garrido Mayol (coordinadores), *Comentarios a la Constitución Europea*, vol. II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 409-432.

<sup>372</sup> *Vid.* intervención del representante del Presidente del Consejo (Paavo Nikula) en la primera reunión de la Convención (CHARTE 4105/00).

<sup>373</sup> *Vid.* ALDECOA LUZÁRRAGA, Francisco: *La integración...*, p. 286.

En esta línea, la Convención realizó sus trabajos con total autonomía y transparencia, dando carácter público a las audiencias y documentos. Inició sus actividades el 17 de diciembre de 1999, llegando a un acuerdo definitivo consensuado sobre el contenido de la Carta el 26 de septiembre de 2000, tras superar una crisis en el verano de ese año<sup>374</sup>. El texto de 54 artículos<sup>375</sup> se presentó en octubre al Consejo Europeo de Biarritz que le dio el visto bueno, siendo proclamada solemnemente en Niza por el Consejo, la Comisión y el Parlamento Europeo el 7 de diciembre de 2000, aunque careciendo de obligatoriedad jurídica ante las peticiones realizadas en ese sentido por diversos estados encabezados por el Reino Unido<sup>376</sup>.

De esta forma, había sido instituido un nuevo órgano más transparente, abierto y con mayor legitimidad que las tradicionales conferencias intergubernamentales que, en parte por el éxito de esta primera Convención, y en parte por el fracaso que supuso el Tratado nicense, fue insistentemente reclamado para llevar a cabo la reforma posterior a Niza<sup>377</sup>. Se había creado el caldo de cultivo que desembocaría en la Convención sobre el Futuro de Europa, de forma que la Convención que elaboró la CDF se convertiría, pese a algunas pequeñas diferencias, en su inmediato referente<sup>378</sup> al beber claramente del espíritu (propiciar una mayor transparencia), estructura (composición interinstitucional) y método (búsqueda de acuerdos por consenso) de la que elaboró la Carta, sin la que no hubiera sido posible.

<sup>374</sup> En entonces Primer Ministro británico, Tony Blair, aceptó su proclamación en Niza pero manteniendo lo dispuesto en Colonia, donde se había previsto que el estatuto de la Carta se discutiría con posterioridad a su redacción. No obstante, la Convención había decidido trabajar *como si* la Carta fuera a tener valor vinculante (método conocido como la *asunción kantiana*), lo que facilitaría su inclusión en la Parte II de la Constitución Europea sin apenas modificaciones o el reconocimiento jurídico que le otorga el Tratado de Lisboa.

<sup>375</sup> La Carta contaba con un Preámbulo seguido de siete capítulos: dignidad (destacando el derecho a la vida o la prohibición de la tortura), libertades (como la libertad de pensamiento, conciencia o religión, la libertad de expresión y de información, o la libertad de reunión y de asociación), igualdad, (destacando la prohibición de todo tipo de discriminación), solidaridad (donde se recogían derechos sociales que causaban la reticencia de algunos países, como el Reino Unido), ciudadanía (con derechos de participación política a la par que se recogían las clásicas libertades comunitarias de circulación y de residencia), justicia (mencionando derechos de tipo procesal) y disposiciones generales (concretando el ámbito de aplicación y reflejando que no se ampliaban las competencias de la Unión).

<sup>376</sup> La posición británica se sustentaba principalmente en tres razones: la inclusión de derechos sociales, el rechazo a la suprallegalidad de una Declaración de Derechos, y su presunto carácter federalizante, *vid.* Díez-PICAZO GIMÉNEZ, Luis María: *Constitucionalismo...*, p. 22.

<sup>377</sup> *Vid. Resolución del Parlamento Europeo sobre el Tratado de Niza y el futuro de la Unión Europea*, de 31 de mayo de 2001.

<sup>378</sup> Aldecoa consideraba que este sistema de Convención podría recordar a la propuesta de Paul Reynaud de crear una Asamblea Constituyente de Europa elegida por sufragio universal, lo que había sido rechazado en el Congreso de La Haya de 1948, *vid.* ALDECOA LUZÁRRAGA, Francisco: "Primeros...", p. 10.

La Carta suponía un avance fundamental en el camino constitucionalizador de Europa al fortalecer la protección de los derechos fundamentales<sup>379</sup> y clarificar un modelo de protección que se caracterizaba por su dispersión, mejorando, como mínimo simbólicamente, la dimensión constitucional de la Unión Europea conforme a los criterios expuestos en el Capítulo Primero. Ahora bien, sin pretender entrar en el análisis de fondo de su contenido, que no es objeto de este trabajo, su redacción está fuertemente imbuida de una visión germanizante que transmitía la sensación de hacer una regulación de los derechos para una realidad *multilevel* como la UE similar a los catálogos de derechos presentes en las constituciones estatales, obviando que la CDF no estaba destinada para una Constitución entendida desde los parámetros estatales<sup>380</sup>. Prueba de ello sería que la Carta abarca más ámbitos y de mayor heterogeneidad que el mencionado Título VIII del proyecto Herman, por no hablar de la referencia genérica que establecía el art. 4 del proyecto Spinelli en materia de derechos fundamentales y, sin embargo, “no tiene muchos derechos sustanciales nuevos”<sup>381</sup>.

En definitiva, aunque el valor de la Carta como *conflict solving* podía ser discutible, sobre todo teniendo en cuenta que en el momento de su proclamación carecía de valor jurídico vinculante y expreso (lo que corregiría el Tratado de Lisboa), su aportación como *policy implementing* sería notable<sup>382</sup>. Además, la Carta supuso también la puesta en marcha de un órgano más plural y de una cierta dimensión constitucional, la Convención, en el que tenían cabida todos los actores participantes del proceso de construcción europea y no sólo los gobiernos.

<sup>379</sup> Pero esto no significaba que antes de la Carta no estuvieran protegidos los derechos fundamentales. En este sentido existían derechos garantizados por los Tratados, por el Tribunal de Luxemburgo, por los propios tribunales de los estados miembros (especialmente el Tribunal Constitucional alemán), los derivados de los principios y tradiciones comunes a todos los estados miembros, y los reconocidos por el CEDH y el Tribunal de Estrasburgo, *vid.* PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos: “Comentario sobre la Carta Europea de Derechos Fundamentales”, en Pereira Menaut (coordinador), *Código Constitucional de la Unión Europea*, Santiago de Compostela, Andavira, 2011, pp. 153-154.

<sup>380</sup> *Vid.* PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos: “Comentario...”, pp. 145-146. En palabras de este autor, “si el constitucionalismo es multinivel, la carta o declaración del nivel más alto no tiene por qué ser igual que las de los niveles más bajos o intermedios, ni debe “competir” con ellas”, *ibidem*, p. 146.

<sup>381</sup> *Vid. ibidem*, p. 154. Pereira Menaut aporta una visión crítica de los derechos contenidos en la CDF, destacando que en ellos se sigue notando el peso de los estados y que algunos tenían poco contenido efectivo, al referirse a ámbitos sobre los que la Unión no tenía competencia, *vid. ibidem*, p. 152 y p. 154.

<sup>382</sup> *Vid. ibidem*, p. 156.

### III. UNA CONSTITUCIÓN FORMALIZADA EUROPEA: EL TRATADO CONSTITUCIONAL RUBRICADO EN ROMA

El proceso que desembocó en el Tratado Constitucional estaría repleto de novedades de gran trascendencia desde el punto de vista constitucional. Los estados miembros aceptaron que la Unión Europea ampliada del siglo XXI tenía que ser más transparente, eficiente y democrática, y que eso sólo se podría hacer impulsando una reforma de calado de la arquitectura de la Unión. De esta forma, desde el nivel estatal se empezó a asumir la idea de una Constitución formalizada en el seno de la UE, lo que era un cambio sustancial en la forma y en el fondo en que se estaba realizando el proceso de integración.

Esta Constitución formalizada sería elaborada por una instancia de nueva creación y con representación de los distintos actores europeos, la Convención Europea. Esta Convención, con unas fases y mecanismos de trabajo singulares (adquiriendo especial relevancia el papel de los Grupos de Trabajo constituidos en su seno) elaboraría un Anteproyecto de Tratado Constitucional que, después de algunos ajustes (y un intento fallido) desembocaría en el Tratado Constitucional rubricado el 29 de octubre de 2004.

#### A. ¿Por qué era necesaria una Constitución formal?

Hasta ahora hemos visto los principales intentos de constitucionalizar formalmente la Unión Europea (proyectos Spinelli y Herman, o la Carta de los Derechos Fundamentales). No obstante, dichos planteamientos distaban de ser generalizados y carecían del decisivo respaldo de los estados para convertirse en realidad (o, como en el caso de la CDF, no se le otorgaba inicialmente valor jurídico) ya que éstos optaron por hacer reformas de los Tratados, algunas de importante calado, pero controladas y limitadas<sup>383</sup>.

---

<sup>383</sup> Como ya expusimos, los proyectos de 1984 y 1994 tenían su origen en el Parlamento Europeo, lo que de por sí producía desconfianza en los gobiernos de la Unión. Como dice Walker, el discurso constitucional había sido promovido por el TJCE y la investigación académica, infiltrándose gradualmente en la cultura política de la Unión; a ellos habría de sumarse el Parlamento Europeo que, desde que se consagró su sistema de elección directa por los ciudadanos, se mantuvo siempre en la vanguardia del debate constitucional. El problema radicaba en que los sectores más euroescépticos temían que un debate de carácter constitucional fortaleciera mucho más los intereses integracionistas, dado el

Llegados a este punto, y aún teniendo en cuenta que no estamos hablando de un proceso que se pueda fijar con absoluta precisión, existe un consenso bastante generalizado en situar el punto de partida del debate constitucional en el discurso pronunciado por Joschka Fischer en la Universidad Humboldt de Berlín, el 12 de mayo de 2000<sup>384</sup>, en el que el entonces Ministro de Asuntos Exteriores alemán apostaba claramente por la elaboración de una Constitución Europea de estructura federal. Su atrevida propuesta, que ya analizamos en el Capítulo Primero, fue acogida con escepticismo o incluso abierta oposición<sup>385</sup>, pero sirvió para centrar el debate europeo en términos constitucionales, en un momento en que paralelamente se estaba celebrando la Conferencia Intergubernamental de la que resultaría el Tratado de Niza y la Convención sobre la Carta de los Derechos Fundamentales a la que nos acabamos de referir. Y este debate constitucional, y ahí está lo novedoso<sup>386</sup>, nacía de los propios gobiernos de la Unión (o, mejor dicho, de alguno de ellos).

A pesar de este fecundo debate, el Tratado de Niza se limitó a establecer los cambios institucionales necesarios para hacer frente a la ampliación<sup>387</sup>, lo que se tradujo en un fracaso relativo en cuanto a la adopción de reformas de calado, como la mejora de la eficiencia, transparencia y flexibilidad de la Unión<sup>388</sup>. No obstante, los miembros del

---

vínculo simbólico entre constitucionalismo y estatus político, *vid.* WALKER, Neil: “Constitutionalising Enlargement, Enlarging Constitutionalism”, *European Law Journal*, vol. 9, (2003), p. 374.

<sup>384</sup> A lo largo de sus trabajos, Aldecoa no deja de subrayar este momento como el punto de arranque del proceso constitucional: *vid.* ALDECOA LUZÁRRAGA, Francisco: *La integración...*, p. 280, “Primeros resultados...”, p. 4, o “Innovación política europea. Su dimensión exterior”, *Política Exterior*, vol. XVII, nº 91, enero/febrero, p. 13. En análogo sentido *vid.* PERNICE, Ingolf: “The European...”, p. 3; y DíEZ-HOCHLEITNER, Javier: “El futuro del sistema competencial comunitario: algunas propuestas de reforma”, en García de Enterría (director), *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, Madrid, 2002, Civitas, p. 85.

<sup>385</sup> Podemos recordar el discurso de Tony Blair en la Bolsa de Varsovia, de 6 de octubre de 2000 y, sobre todo, la intervención de Jacques Chirac ante el *Bundestag* alemán en junio de ese mismo año. De esta forma se abría paso un debate sobre el modelo de Europa sostenido en el tiempo y con una naturaleza eminentemente constitucional, como muestran las aportaciones del entonces Canciller alemán, Gerhard Schröder, y del Primer Ministro francés Lionel Jospin en el primer semestre del 2001. En todo caso, nos remitimos a lo expuesto en el Capítulo Primero.

<sup>386</sup> Habría que remontarse a las iniciativas relativas a la Comunidad Europea de Defensa y a la Comunidad Política Europea, impulsadas desde las propias cancillerías europeas, pero que no llegaron a entrar en funcionamiento.

<sup>387</sup> El Tratado de Niza se firmó solemnemente el 26 de febrero de 2001, si bien no entró en vigor hasta el 1 de febrero de 2003, una vez producida la ratificación irlandesa tras un primer *referendum* negativo. Por lo que respecta a la ampliación, los Tratados de adhesión fueron firmados en Atenas el 16 de abril de 2003, produciéndose la entrada efectiva de los nuevos estados (Chipre, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Malta, Polonia y la República Checa) el 1 de mayo de 2004.

<sup>388</sup> *Id.* SCHWARZE, Jürgen: “Perspectivas constitucionales de la Unión Europea ante la próxima CIG de 2004”, en García de Enterría (director), *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, Madrid, Civitas, 2002, pp. 299-300. A pesar de todo, Niza introduce algunas novedades sustantivas como la elección del Presidente de la Comisión por mayoría cualificada del Consejo Europeo, prevé cambios

Consejo Europeo fueron conscientes de que no habían satisfecho las expectativas creadas ni resuelto los problemas de fondo de la arquitectura de la Unión, por lo que facilitaron el camino para un posterior debate constitucional y una nueva CIG a través de la *Declaración n° 23 relativa al futuro de la Unión* anexa al propio Tratado.

La *Declaración n° 23* fijó un calendario para la adopción de iniciativas concretas (el Consejo Europeo de Laeken, del que hablaremos a continuación, en diciembre del año siguiente) y una agenda de temas de trabajo basada en: 1) la forma de establecer y supervisar una delimitación más precisa de las competencias entre la Unión Europea y los estados miembros, respetando el principio de subsidiariedad; 2) el estatuto de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea; 3) la simplificación de los Tratados con el fin de clarificarlos y facilitar su comprensión; y 4) la función de los Parlamentos Nacionales en la arquitectura europea.

Sería el Consejo Europeo de Laeken, celebrado los días 14 y 15 de diciembre de 2001, el que formularía la conocida *Declaración de Laeken sobre el futuro de la Unión Europea*<sup>389</sup>. En esta Declaración, bajo el epígrafe de *Los retos y reformas en una Unión renovada*, se concretarían las prioridades de la agenda europea para los siguientes dos años desarrolladas a través de sesenta y siete preguntas, pivotando entorno a tres ejes: 1) un mejor reparto y definición de competencias en la Unión Europea; 2) la simplificación de los instrumentos de actuación; mayor democracia, eficiencia y transparencia; y 3) el camino hacia una Constitución para los ciudadanos europeos.

Laeken supondría formalmente dejar a un lado el método funcional<sup>390</sup> basado en las realizaciones concretas, en la progresividad o en la economía como factor de integración de los diferentes estados miembros; potenciaba, por el contrario, un enfoque político que abría el debate sobre los distintos modelos de integración comunitaria o los

---

significativos en la distribución de los fondos estructurales y en la política agraria, y hace algunos avances en los pilares no comunitarios (como admitir la cooperación reforzada en la PESC, añadiéndola a la que ya era posible en el pilar comunitario y en la CPJMP).

<sup>389</sup> Vid. *Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo*, Anexo I, Laeken, 14 y 15 de diciembre de 2001.

<sup>390</sup> No conviene olvidar que este método fue el que permitió avanzar en la construcción europea desde sus inicios, buscando respuestas específicas a los problemas que se iban planteando, como reflejaba la propia *Declaración Schuman*. No obstante, una importante carencia del método funcional radicaría en no haber logrado incorporar plenamente a los ciudadanos, vid. OREJA AGUIRRE, Marcelino: “En busca de una Constitución para Europa”, *Política Exterior*, vol. XVI, n° 88, julio/agosto, (2002), p. 88.

medios y fines que habrá de tener la nueva Unión Europea. Es decir, la reflexión giraría en torno al futuro de la Unión en su globalidad<sup>391</sup>.

En todo caso, la verdadera revolución de fondo consagrada en la *Declaración de Laeken* era la posibilidad de elaborar una Constitución: este Consejo Europeo supuso la primera ocasión en la que los Jefes de Estado y de Gobierno de la UE fijaban como objetivo, más o menos explícito, la consecución de una Constitución Europea<sup>392</sup>. Dicho de otro modo, pasábamos a una nueva fase donde lo que se planteaba no era si en la Unión Europea existía algún tipo de Constitución en sentido material, sino que, siendo evidente la existencia de elementos constitucionales, parecía llegado el momento de redactar una Constitución formal.

De este modo, como expresaba Aldecoa, mientras la *Declaración n° 23* sería el “desencadenante del proceso constituyente”, lo dispuesto en Laeken “ratifica y formaliza” dicho proceso<sup>393</sup>, aunque manteniendo ciertos límites, como el rechazo a la inclusión expresa del término federalismo, imposibilitada ante la oposición de algunos miembros, entre los que se contaba España<sup>394</sup>.

<sup>391</sup> Vid. *ibidem*, pp. 87-91.

<sup>392</sup> Creemos oportuno reproducir la literalidad de lo acordado en ese momento por los Jefes de Estado y de Gobierno de la UE: “Por último, se plantea la cuestión de si esta simplificación y reorganización no deberían conducir a plazo a la adopción de un texto constitucional. ¿Cuáles deberían ser los elementos básicos de esa Constitución, los valores que la Unión profesa, los derechos fundamentales y los deberes de los ciudadanos, o las relaciones de los Estados miembros dentro de la Unión?”, *vid. Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo*, Anexo I, Laeken, 14 y 15 de diciembre de 2001. Una década más tarde resulta difícil imaginar a los gobiernos estatales escribiendo algo semejante.

<sup>393</sup> ALDECOA LUZÁRRAGA, Francisco: “Innovación política europea. Su dimensión exterior”, *Política Exterior*, vol. XVII, n° 91, enero/febrero, (2003), p. 16. Con todo, la profesora Mangas Martín observaba que entre las dos declaraciones hay incongruencias, apuntando que Laeken parece querer poner todo a debate, resultando superficial, incendiaria y demagógica, *vid. MANGAS MARTÍN, Araceli*: “La Unión Europea y su futuro: El debate competencial”, *Noticias de la Unión Europea*, n° 218, (2003), pp. 80-81. No obstante, la misma autora reconoce que de Laeken sí “se pueden entresacar algunas ideas sensatas: más transparencia, clarificación, más y mejor participación y control”, p. 81. Para nosotros los aspectos positivos de Laeken eran muy superiores a sus déficits. El salto cualitativo, constitucionalmente hablando, era evidente, si bien no creemos que los gobiernos de la Unión que la adoptaron cuestionaran todo el engranaje del Derecho Comunitario.

<sup>394</sup> Ante esto, Aldecoa apuntaba que “es llamativo como aún la palabra prohibida en la construcción europea es federalismo o federación [...] y, sin embargo, la idea de Constitución está logrando hacerse paso a pesar de que es mucho más, ya que no hay nada más federal que una Constitución”, pues en el ámbito europeo podría haber federación sin Constitución, pero no Constitución sin alguna forma de federación, ALDECOA LUZÁRRAGA, Francisco: “Primeros...”, p. 10. Esta afirmación, siendo correcta en términos globales respecto de la estructura de la Unión, resulta demasiado genérica: como hemos visto en el Capítulo Primero, ya existían elementos federales en las Comunidades sin que ello implicara estar *stricto sensu* ante una federación y, partiendo de algunos elementos comunes, no conviene olvidar que existe una pluralidad de modelos federales.



De todo lo dicho, se puede concluir que estábamos en el momento de elaborar una Constitución en sentido formal para la Unión Europea, existiendo, en palabras del profesor Aldecoa, una serie de factores que permitirían hablar de un auténtico proceso constituyente: “el agotamiento del sistema institucional comunitario; la inoperancia del método diplomático de reforma a través de conferencias intergubernamentales; la inminencia de la ampliación como catalizador; el efecto federalizante y federalizador de la introducción del euro; el problema de la legitimidad política de la construcción europea para los ciudadanos; y las transformaciones de la sociedad internacional de la globalización [...]”<sup>395</sup>.

Además, gran parte de la doctrina veía la formalización de un texto constitucional europeo no sólo como posible (cuestión que hemos aclarado en el Capítulo Primero) sino como algo beneficioso. En esta línea, Díez-Picazo consideraba que la elaboración de un texto formalmente denominado como Constitución, serviría “para acentuar el hecho de que las relaciones entre los Estados miembros han dejado prácticamente de estar regidas por el derecho internacional [...] (y para) identificar la fuente última de legitimidad dentro del ordenamiento”<sup>396</sup>. Por su parte, Craig sostenía que, aunque la UE tenía ya algunas características de una Constitución, “no hay texto alguno que trate los atributos constitucionales de modo independiente respecto a las muchas otras normas contenidas dentro de los Tratados. Del mismo modo, tampoco existe un texto que reúna los artículos constitucionales del Tratado con la doctrina constitucional desarrollada por el TJCE”<sup>397</sup>.

Resulta igualmente significativo lo manifestado por Rodríguez Iglesias, para el que los Tratados tenían la consideración de Constitución funcional, pero presentaban limitaciones derivadas de la exigencia de unanimidad en su reforma, y de una legitimidad mediata canalizada a través de los estados. De ahí la necesidad de establecer una Constitución que pudiera ser percibida y entendida como tal por los ciudadanos europeos<sup>398</sup>. En parecido sentido, Amato analizaba los problemas que percibía en la Unión, destacando la ausencia de personalidad jurídica, lo que dificultaba

---

<sup>395</sup> ALDECOA LUZÁRRAGA, Francisco: “Innovación...”, p. 14.

<sup>396</sup> Díez-PICAZO GIMÉNEZ, Luis María: *Constitucionalismo...*, p. 107.

<sup>397</sup> CRAIG, Paul: “Constituciones...”, p. 243.

<sup>398</sup> *Vid.* RODRÍGUEZ IGLESIAS, Gil Carlos: “¿Una Constitución para Europa?”, *El País*, 1 de marzo de 2002, p. 13.

el desarrollo de su dimensión externa, o la complejidad existente respecto de los instrumentos jurídicos y el procedimiento legislativo, considerando la elaboración de una Constitución como el método más adecuado para solucionarlos<sup>399</sup>.

Desde otro punto de vista, autores como Beck y Grande veían necesaria una Constitución para Europa en base a dos razones fundamentales: “en primer lugar, para servir de fundamento normativo a *una sociedad civil europea*; y en segundo lugar, para institucionalizar el cosmopolitismo en la política europea”<sup>400</sup>. Se trataría, en suma, de lograr la integración social y la protección efectiva de la diferencia con el establecimiento de unas normas comunes para la organización de una comunidad política que eviten que el reconocimiento de la diferencia desemboque en arbitrariedad y desintegración, al tiempo que protejan a lo diferente contra las exigencias de unificación y uniformidad<sup>401</sup>. Por ello, aun con un enfoque distinto, Pereira Menaut abogaba por “progresar hacia una Constitución Europea post-soberana y pluralista”<sup>402</sup> que fortaleciera el constitucionalismo negativo mejorando la sumisión del poder al derecho, la separación de poderes y los derechos y libertades, de modo que el poder discurriera siempre de abajo hacia arriba y se evitara su concentración<sup>403</sup>.

No obstante, y aunque compartimos tanto la estimación altamente beneficiosa y necesaria que para cualquier sociedad supone la Constitución como los argumentos que hemos expuesto a favor de una Constitución formalizada en la Unión, debemos incidir en que no se puede esperar que la redacción de un texto constitucional suponga la solución de todos los problemas que puedan existir en una comunidad política, ya sea estatal o supraestatal. La actual crisis económica y financiera sería buen ejemplo de ello.

<sup>399</sup> Vid. AMATO, Giuliano: “El futuro...”, *El País*, 24 de noviembre de 2002, p. 15.

<sup>400</sup> BECK, Ulrich - GRANDE, Edgar: *La Europa...*, p. 314.

<sup>401</sup> Vid. *ibidem*, p. 315. Especial atención merece que estos autores no sitúen esos valores comunes en una cultura occidental común, sino en un período temporal bastante más reciente (memoria autocrítica del Holocausto y de la historia colonial de Europa) para construir, sobre la experiencia de la negatividad absoluta (crímenes contra la humanidad), normas sustanciales (derechos humanos o limitación de la soberanía).

<sup>402</sup> PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos: “Invitación...”, p. 235. No obstante, este autor también apunta que no sería necesario elaborar una Constitución europea si ésta pretendiera ser codificadora, estatista o *norma normarum*.

<sup>403</sup> Vid. *ibidem*, pp. 233-237, o “Crecer...”, pp. 114-118.

## B. El proceso de elaboración del Tratado Constitucional

La *Declaración de Laeken sobre el futuro de la Unión Europea*, adoptada los días 14 y 15 de diciembre de 2001 establecía la agenda constitucional a la que nos hemos referido en el apartado precedente, pero además dispuso la creación de un órgano nuevo<sup>404</sup> para llevarla a cabo: la Convención Europea o Convención sobre el Futuro de Europa<sup>405</sup>. De hecho, la necesidad de seguir el calendario dispuesto por Laeken, que preveía un año para el desarrollo de sus trabajos con el objetivo de que tanto la ampliación como la reforma institucional se convirtieran en realidad en el 2004<sup>406</sup>, llevaron a que en la propia *Declaración de Laeken* no sólo se fijara el núcleo de los temas a tratar, sino también las reglas básicas de funcionamiento y composición<sup>407</sup>, así como el nombramiento del Presidente (Valéry Giscard d'Estaing) y de los dos vicepresidentes (Giuliano Amato y Jean Luc Dehaene), lo que fue relativamente controvertido por dejar a la Convención sin esta capacidad de elección<sup>408</sup>.

Cabe recordar que la Convención, a diferencia de las conferencias intergubernamentales, de corte diplomático, tenía una composición heterogénea, plural y de fuerte carácter parlamentario: de sus 105 miembros titulares correspondientes a los

<sup>404</sup> Como hemos visto páginas atrás, existía el precedente de la Convención que elaboró la CDF, órgano con el que guardaría muchas similitudes y que sirvió de modelo para esta segunda Convención. Este método convencional, esbozado en el proyecto Herman, ya se había reclamado en la *Resolución del Parlamento Europeo sobre el Tratado de Ámsterdam*, de 19 de noviembre de 1997, así como en la *Resolución del Parlamento Europeo sobre la constitucionalización de los Tratados*, de 25 de octubre de 2000.

<sup>405</sup> El origen del término convención puede encontrar su raíz en los conflictos religiosos del siglo XVII entre los escoceses y Carlos I; así, los primeros redactaron un manifiesto conocido como la *Nacional Covenant* al que se adhirieron más de 300.000 personas. Como dice Oreja “su uso en el ámbito político se remonta a 1639, cuando los escoceses rechazaron “en convención” que Carlos I les impusiese el Prayer Book. Después, a lo largo de los siglos XVII y XVIII el término fue imponiéndose en Inglaterra para designar aquella organización colegial encargada de establecer una regla constitucional. Con este origen, no es de extrañar que más tarde se recurriese de nuevo a una Convención cuando, en 1787, los delegados de los trece territorios, aún colonias inglesas, se reunieron en Filadelfia para redactar la Constitución del nuevo Estado”, OREJA AGUIRRE, Marcelino: “En busca de...”, pp. 98. No podemos olvidar que esas serían las fuentes de las que beberían poco después los revolucionarios franceses a la hora de constituir la Convención Nacional en 1792.

<sup>406</sup> La *Declaración de Laeken* preveía que la sesión inaugural tuviera lugar el 1 de marzo de 2002, lo que se cumplió casi al pie de la letra: la primera sesión de la Convención se celebró el 28 de febrero de 2002. El último Pleno se celebraría el 10 de julio de 2003.

<sup>407</sup> Vid. epígrafe III de la *Declaración de Laeken*: “La convocatoria de una Convención sobre el Futuro de Europa”. Estas reglas se completaron con la *Nota sobre los métodos de trabajo de la Convención* (CONV 9/1/02) de 14 de marzo de 2002, que funcionaría a modo de reglamento interno de la Convención.

<sup>408</sup> Además, este procedimiento difería del empleado en la Convención sobre la CDF, donde Presidente y Vicepresidente habían sido elegidos por la propia Convención.

actuales 27 miembros de la Unión más Turquía, 72 tenían un mandato parlamentario<sup>409</sup> y, por tanto, eran representantes directos de la ciudadanía europea; además, formaban parte de la Convención dos miembros de la Comisión Europea y un representante de cada uno de los gobiernos participantes.

La utilización de este novedoso mecanismo, previo y orientativo para la CIG aunque no sustitutivo de la misma, se explica porque los propios gobernantes de los estados miembros de la Unión y los dirigentes de las instituciones comunitarias habían tomado conciencia de que las últimas conferencias intergubernamentales (Ámsterdam o Niza) habían quedado muy por debajo de las expectativas iniciales. Y ello porque el método general de reforma previsto en el art. 48 TUE ni era transparente (algo ya conocido pero a lo que no se daba suficiente importancia cuando los objetivos y fines a perseguir con la modificación se conseguían), ni ahora se demostraba eficaz, al atascarse en los momentos clave en que había que dar pasos sustanciales<sup>410</sup>; a esto habría que añadir la incorporación al proceso de reforma de una agenda de elementos marcadamente constitucionales<sup>411</sup>.

La actuación de la Convención pronto se empezó a dejar notar, a través de un trabajo estructurado en tres fases temporales (escucha, reflexión y formulación de propuestas) y en el especial papel concedido a dos de sus órganos: el *Praesidium* y los Grupos de Trabajo<sup>412</sup>.

<sup>409</sup> De ellos, 16 serían representantes del Parlamento Europeo y 56 (dos por Estado) de los Parlamentos Nacionales.

<sup>410</sup> Los problemas del art. 48 serían básicamente de dos tipos: de un lado, la exigencia de unanimidad por parte de los estados miembros, algo no necesario ni en el plano federal ni incluso en el internacional, que fijan mayorías cualificadas para que la reforma salga adelante; de otro, la opacidad y falta de participación, estando la reforma prácticamente en su totalidad, en manos de los respectivos gobiernos, *vid.* OREJA AGUIRRE, Marcelino: “En busca de...”, pp. 95-97.

<sup>411</sup> Méndez de Vigo explica sin rodeos las perceptibles diferencias entre la CIG y la Convención: “La comparación entre una Conferencia intergubernamental clásica, que desarrollaba sus sesiones a puerta cerrada y en la que cada Jefe de Gobierno daba al final su versión y nada más que su versión de lo acontecido, contrastaba con el modelo de la Convención, caracterizado por la publicidad de sus sesiones y el acceso a sus documentos y, no en menor medida, por los resultados alcanzados”, MÉNDEZ DE VIGO, Íñigo: *El rompecabezas...*, p. 117; el mismo autor continúa aseverando “En la Convención, los participantes hablaban, debatían, presentaban propuestas y contrapropuestas o soluciones de compromiso [...]. Nada de esto sucedía en la Conferencia, donde los ministros se limitaban a leer un texto preparado con antelación y eludían el debate”, p. 343.

<sup>412</sup> La Convención contaba también con una Secretaría General (que sería asumida por la Secretaría General del Consejo) con funciones de asesoramiento técnico y documental. Por su parte, el total de miembros de la Convención se reunían periódicamente en el Pleno, con una frecuencia mensual o quincenal.

El *Praesidium* estaría formado por doce miembros de la Convención, a los que habría que añadir como invitado a un representante elegido por los entonces países candidatos<sup>413</sup>, actuando como instrumento director de las actividades y propuestas de la Convención<sup>414</sup>, lo que le llevaría a adquirir una cierta preeminencia que sería causa de algunas fricciones con el Pleno<sup>415</sup>. Los Grupos de Trabajo, formados por miembros de la Convención agrupados sobre áreas temáticas y de un tamaño más reducido, se convertirían en los centros de análisis de los diferentes ámbitos que formarían parte de la realidad constitucional de la Unión<sup>416</sup>.

Con este esquema, la Convención fue desarrollando sus trabajos y el 28 de octubre de 2002, el Presidente de la Convención, Giscard d'Estaing, presentó al Pleno un “Anteproyecto de Tratado Constitucional” (CONV 369/02) dividido en tres partes: estructura constitucional básica<sup>417</sup>; políticas y acciones de la Unión<sup>418</sup>; y disposiciones

<sup>413</sup> De este modo, formarían parte del mismo el Presidente, los dos vicepresidentes, los representantes de los tres gobiernos a los que correspondería ejercer la Presidencia de la Unión mientras la Convención desarrollaba sus trabajos (España, Dinamarca y Grecia), los dos comisarios miembros de la Convención, dos representantes del Parlamento Europeo y dos de los Parlamentos Nacionales.

<sup>414</sup> Entre sus funciones, estaría la convocatoria de las sesiones plenarias de la Convención (art. 1 MTC), elaborar el proyecto de orden del día para el Pleno (art. 2 MTC), o la creación de Grupos de Trabajo (art. 15 MTC).

<sup>415</sup> Sería el caso, por ejemplo, de la presentación por Giscard d'Estaing del Anteproyecto de Tratado Constitucional que esbozaba aspectos no tratados todavía por el Pleno y se adelantaba a las conclusiones de parte de los Grupos de Trabajo.

<sup>416</sup> Cada Grupo de Trabajo dispondría de un Presidente encargado de impulsar el debate y velar por la realización de los objetivos fijados en su mandato, trasladando finalmente sus conclusiones (no sometidas a votación sino acordadas por consenso) al Pleno de la Convención. En un primer momento, conforme a lo acordado en la sesión plenaria de 6 de junio de 2002, se establecieron seis Grupos, tomando como base las preocupaciones fundamentales de la Convención: Subsidiariedad, Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Personalidad jurídica, Parlamentos Nacionales, Competencias Complementarias y Gobernanza Económica. Posteriormente, se dio luz verde a la creación de otros cuatro Grupos para cubrir los aspectos que habían quedado sin tocar, o se trataban incidentalmente, en los anteriores: Acción Exterior, Defensa, Simplificación de los procedimientos e instrumentos legislativos, y Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. No obstante, en consonancia con las conclusiones de la sesión plenaria de 7 de noviembre de 2002, el *Praesidium* decidió crear un undécimo Grupo relativo a la Europa Social, iniciando sus actividades en diciembre de ese año.

<sup>417</sup> Su propia denominación sería *De la arquitectura constitucional*. Constataría de diez títulos y de un total de 46 artículos que recogerían los aspectos esenciales de la Unión: su definición y objetivos, la ciudadanía y los derechos fundamentales, la clasificación de las competencias y los principios que rigen su ejercicio, la arquitectura institucional, el presupuesto, los mecanismos de acción exterior y las condiciones de pertenencia. En particular, consideramos destacable la apuesta explícita que se realiza por un modelo de tipo federal (art. 1), el reconocimiento de personalidad jurídica a la Unión (art. 4), el estatuto de la ciudadanía de la Unión (art. 5), la integración de la Carta de los Derechos Fundamentales en el Tratado Constitucional (art. 6), el principio de primacía del Derecho de la Unión y de cooperación leal (art. 8), el establecimiento de la Presidencia del Consejo Europeo con carácter estable, que podría ser elegida por un órgano de nueva creación (el Congreso de los Pueblos de Europa), o la posibilidad de retirada voluntaria de la Unión.

<sup>418</sup> Esta Parte pretendía establecer las bases jurídicas aplicables a los distintos ámbitos de la Unión especificando el tipo de competencia, acto y procedimiento en cada caso. Este bloque regularía las

generales y finales<sup>419</sup>, a modo de esqueleto con ideas muy generales que habría de ser completado y desarrollado con el posterior trabajo en el seno de la Convención<sup>420</sup>. Paralelamente, los once Grupos de Trabajo existentes, habían elaborado sus conclusiones o estaban en la fase final de su actividad, lo que sería fundamental para dotar de contenido ese esqueleto propuesto por Giscard d'Estaing.

El Grupo I, sobre la Subsidiariedad, presentó su Informe final el 23 de septiembre de 2002<sup>421</sup> (CONV 286/02), rechazando crear un órgano *ad hoc* controlador de la aplicación de este principio, apostando por un control político previo de los Parlamentos Nacionales (a través de un mecanismo de alerta rápida) y el fortalecimiento del control jurisdiccional posterior por el Tribunal de Luxemburgo<sup>422</sup>. Sobre esto volveremos en el Capítulo Cuarto de esta tesis doctoral.

El Grupo II, relativo a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, presentó su Informe final el 22 de octubre de 2002 (CONV 354/02), respondiendo afirmativamente a la doble cuestión de integrar la Carta en el futuro Tratado Constitucional y a la posible adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, si bien con algunas matizaciones. Así, la integración de la Carta no supondría dotar a la UE de nuevas competencias (igual que la adhesión al CEDH), su contenido no se alteraría, y los recursos serían resueltos (por regla general) por los tribunales nacionales. Por su parte, la adhesión al CEDH no afectaría a las posiciones que cada Estado tenía individualmente con este Convenio.

El Grupo III, dedicado a la Personalidad jurídica, se hacía eco de una extraña realidad caracterizada porque cada una de las Comunidades Europeas tenía

---

políticas concretas, así como las cuestiones procedimentales y de funcionamiento de las instituciones, buscando clarificar el complejo modo de ejercicio de las políticas comunitarias.

<sup>419</sup> Aquí se encontrarían, entre otros, los procedimientos de revisión, adopción, ratificación y entrada en vigor. Además, se derogaban expresamente los Tratados anteriores al tiempo que se establecía la continuidad jurídica respecto de la Comunidad Europea y la Unión Europea.

<sup>420</sup> De hecho, autores como Aldecoa definieron el Anteproyecto como una “estructura sin contenido”, ALDECOA LUZÁRRAGA, Francisco: “Primeros...”, p. 19.

<sup>421</sup> La fecha se refiere al momento en que el Grupo de Trabajo remite sus conclusiones a los restantes miembros de la Convención, ya que el debate en el Pleno sería posterior. Esta matización debe extenderse al resto de los Grupos.

<sup>422</sup> Sin embargo, este informe rechaza la legitimación de las regiones con poderes legislativos ante el Tribunal de Justicia, algo sí admitido (con limitaciones) respecto del Comité de las Regiones.

personalidad jurídica propia<sup>423</sup>, mientras la Unión Europea como tal carecía expresamente de ella<sup>424</sup>. Este Grupo presentó su Informe final el 1 de octubre de 2002 (CONV 305/02), recomendando dotar a la UE de personalidad jurídica expresa y única, sustituyendo las personalidades jurídicas existentes y, por tanto, facilitando, la fusión de los distintos Tratados.

El Grupo IV, sobre Parlamentos Nacionales, analizó la actividad de los Parlamentos Nacionales en el proceso de construcción europea y en la supervisión de la aplicación del principio de subsidiariedad. El Grupo presentó su Informe final el 22 de octubre de 2002 (CONV 353/02), coincidiendo con el de subsidiariedad en el establecimiento de un mecanismo de alerta rápida; además, pretendía hacer constar en el Tratado la posibilidad de convocar una Convención cuando fuera necesario hacer ulteriores reformas, y establecer foros de debate general entre los Parlamentos Nacionales y el Parlamento Europeo.

El Grupo V, sobre Competencias Complementarias, no se limitó a la problemática de este tipo competencial, que abarcaría los ámbitos en que la Unión se limita a completar o apoyar la actuación de los estados miembros (que siguen siendo los competentes) o a adoptar medidas de fomento y coordinación, sino que se planteó, en sentido amplio, la cuestión de la distribución competencial entre la UE y los estados. Su Informe final, sobre el que volveremos en el Capítulo Cuarto, fue presentado el 4 de noviembre de 2002 (CONV 375/1/02), otorgando una nueva denominación a las competencias complementarias (medidas de apoyo), a la par que consideraba necesario dedicar un título propio a las competencias en el futuro Tratado, incluyendo disposiciones que facilitaran delimitar las competencias en cada ámbito, la definición de tres categorías competenciales y las condiciones para su ejercicio. Igualmente, apostaba por mantener la flexibilidad del sistema comunitario, conservando el art. 308 TCE, aunque aumentando los controles para su ejercicio y la participación del Parlamento Europeo. Finalmente, el Grupo insistía en que sus recomendaciones no ampliaban las competencias de la Unión.

---

<sup>423</sup> *Vid.* art. 281 TCE, art. 184 del Tratado CEEA, y art. 6 del extinto (el 23 de julio de 2002) Tratado CECA.

<sup>424</sup> Aunque a través de los arts. 24 y 38 TUE, relativos a la PESC y a la CPJMP, era posible establecer una vía implícita para la concesión de personalidad jurídica a la Unión Europea.

El Grupo VI, sobre la Gobernanza Económica, presentó su Informe final el 21 de octubre de 2002 (CONV 357/02), reafirmando la competencia exclusiva de la Unión en la política monetaria, y la necesidad de mejorar la coordinación de políticas económicas (que seguirían estando en manos de los estados) a través de medidas que aproximaran la fiscalidad, institucionalizaran el método de coordinación abierta en estos ámbitos o fortalecieran a la Comisión a la hora de formular advertencias ante posibles incumplimientos estatales. Como hemos visto, la crisis económica y financiera que estamos padeciendo ha constatado la insuficiencia de la coordinación de estas políticas económicas y los déficits provocados por la ausencia de una verdadera gobernanza económica europea que, en parte, busca paliar el nuevo Tratado Intergubernamental que se firmará en marzo de 2012.

El Grupo VII, relativo a la Acción Exterior, presentó su Informe final el 16 de diciembre de 2002 (CONV 459/02), recomendando la inclusión en el Tratado Constitucional de la competencia de la Unión para celebrar acuerdos en relación con materias que entren dentro de sus competencias internas, la fusión (aunque con matices de algunos de sus miembros) en una figura única del Alto Representante para la PESC y del Comisario responsable de Relaciones Exteriores, o el establecimiento de que el Consejo Europeo pueda, si así lo acuerda por unanimidad, extender los ámbitos de actuación que se deciden por mayoría cualificada.

El Grupo VIII, sobre Defensa, presentó su Informe final el 16 de diciembre de 2002 (CONV 461/02), destacando la actualización y ampliación de las misiones de Petersberg, la recomendación para que los estados que no quieran apoyar una operación utilicen las abstenciones constructivas (posibilitando así que se lleve a cabo), o la creación de una agencia europea de armamento y de investigación estratégica. Sin embargo, en el seno del Grupo no hubo consenso en cuanto a la extensión a la defensa de las cooperaciones reforzadas y la introducción de una cláusula de defensa colectiva<sup>425</sup>.

---

<sup>425</sup> Lo que sí se introdujo una cláusula de solidaridad para la protección de las poblaciones civiles y de las instituciones democráticas, por la que se prestaría ayuda a un Estado miembro para hacer frente a las implicaciones de un posible ataque terrorista, en su territorio, a petición de sus autoridades políticas. Sin duda, el Grupo se hacía eco del nuevo clima surgido tras los atentados del 11 de septiembre de 2001.



El Grupo IX, relativo a la Simplificación de los procedimientos e instrumentos legislativos, presentó su Informe final el 29 de noviembre de 2002 (CONV 424/02). Respecto a los instrumentos jurídicos, recomendó pasar de quince a seis, finalizando con la clasificación por pilares y adoptando una jerarquía de actos de la Unión<sup>426</sup>. En lo que respecta a los procedimientos, sus orientaciones se dirigirían a generalizar la codecisión para la adopción de actos legislativos (y dentro de ella, la mayoría cualificada en el seno del Consejo), suprimir el procedimiento de cooperación, limitar el dictamen conforme, e introducir en el Tratado Constitucional los principios aplicables a las disposiciones presupuestarias de forma simplificada, al adoptar un único procedimiento para gastos obligatorios y no obligatorios.

El Grupo X, sobre el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, presentó su Informe final el 2 de diciembre de 2002 (CONV 426/02), alcanzando un consenso para establecer un marco jurídico general común que tuviera en cuenta las especificidades de este ámbito, así como la necesidad de separar los campos legislativo y operativo. En especial, destaca el objetivo de comunitarizar la CPJMP, recomendando la sustitución de los instrumentos específicos de la CPJMP por los propuestos en el Grupo IX, el establecimiento de determinados supuestos adoptables por codecisión y mayoría cualificada (prueba de ese intento de comunitarización), y el desarrollo de órganos como Europol o Eurojust.

El Grupo XI, sobre Europa Social, presentó su Informe final el 4 de febrero de 2003 (CONV 516/1/03), incluyendo como valores esenciales la justicia social, la solidaridad y la igualdad, junto a la dignidad humana; el Grupo apostaba también por mantener las competencias en este ámbito, así como por incluir la labor de los interlocutores sociales en el futuro Tratado.

---

<sup>426</sup> Instrumentos obligatorios serían la *ley de la UE* (sustituye al reglamento), la *ley marco* (sustituye a la directiva), la *decisión* (que tendría especial incidencia en la PESC) y el *reglamento* (para actos delegados y de ejecución). Los dos primeros serían actos legislativos, siendo completados por los delegados; por su parte, los actos de ejecución aplicarían los legislativos o delegados. Instrumentos no obligatorios seguirían siendo la *recomendación* y el *dictamen*.

Sobre la base del Anteproyecto de 28 de octubre, y con los Informes de los Grupos de Trabajo<sup>427</sup> adaptados por el *Praesidium* en sus sucesivos proyectos parciales de artículos, las propias propuestas de este órgano, así como las enmiendas y contribuciones de miembros de la Convención que decidió incorporar<sup>428</sup>, el *Praesidium* pudo presentar el primer borrador íntegro del Proyecto de Constitución Europea el 24 de mayo de 2003, respecto de la Parte I (CONV 724/03), y tres días más tarde las Partes II, III y IV (CONV 725/03)<sup>429</sup>.

De esta forma, se estuvo en disposición de presentar un Proyecto de Tratado Constitucional en el Consejo Europeo de Salónica, de 20 de junio de 2003<sup>430</sup>, en lo que a las Partes I y II se refiere<sup>431</sup>, para que fuera examinado por los máximos dirigentes de los estados de la Unión. Así, muy poco después, el Proyecto final de Tratado Constitucional elaborado por la Convención (CONV 850/03) fue entregado solemnemente en Roma por Valéry Giscard d'Estaing al Presidente de turno del

<sup>427</sup> Giscard había dicho que “las recomendaciones de los Grupos constituirían los elementos de construcción que permitirían posteriormente llegar al producto final”, Informe resumido de la sesión plenaria, 3 y 4 de octubre de 2002 (CONV 331/02).

<sup>428</sup> Esta actividad integradora de las distintas fuentes documentales emanadas de la Convención confería al *Praesidium*, como ya expusimos, una preeminencia que se hizo mayor hacia el final de los trabajos de la Convención, a través de polémicas decisiones como el mantenimiento de la unanimidad en la PESC y en el procedimiento de revisión, que el *Praesidium* “impuso” frente al deseo de gran número de miembros de la propia Convención.

<sup>429</sup> La nueva Parte II pasaría a ser la Carta de los Derechos Fundamentales; correlativamente, las políticas y las disposiciones generales y finales, constituirían respectivamente las Partes III y IV del texto.

<sup>430</sup> Resulta muy oportuna la lectura de las páginas en las que Méndez de Vigo cuenta los momentos de incertidumbre en la fase final de la Convención, previos a la consecución del acuerdo por “consenso” en la sesión plenaria de 13 de junio: las reuniones de los distintos estamentos (parlamentarios europeos, parlamentarios nacionales y representantes de los gobiernos) por separado para determinar si ese consenso era posible, la tentación de última hora (sobre todo, por parte de algún representante gubernamental) de apostar por un documento con opciones y no por un único texto, o el anuncio del gobierno español de apoyar el texto pero dejando constancia de una “reserva fundamental” en relación con el antiguo art. 24 relativo a la definición de la mayoría cualificada, *vid.* MÉNDEZ DE VIGO, Íñigo: *El rompecabezas...*, pp. 311-333. En realidad, la mayor parte de los miembros de la Convención pensaba que un texto con diferentes opciones posibilitaría que la CIG tuviera argumentos de peso para adoptar una propuesta diferente a la remitida o que sólo diera satisfacción a una parte de los convencionales, lo que debilitaría su legitimidad; éste sería uno de los motivos fundamentales por los que Giscard pretendió alcanzar el consenso en el Plenario, interpretándolo de forma amplia y, en ocasiones, polémica, como en la definición de la mayoría cualificada o en la conservación de la unanimidad en política exterior.

<sup>431</sup> Las Partes III y IV también fueron dadas a conocer en Salónica, pero a diferencia de las dos primeras cuyo contenido se mantuvo como definitivo, se trataba de una versión provisional. Así, la Parte III fue sometida a “trabajos meramente técnicos”, tal como disponían las Conclusiones del Consejo Europeo de Salónica, pasando de 338 a 342 artículos; con todo, hemos de reseñar dos importantes modificaciones respecto a la versión anterior: por iniciativa alemana se mantenía la prerrogativa estatal respecto a la fijación de cuotas de entrada a la inmigración (art. 168.5) y se introducía la denominada *excepción cultural* (a propuesta francesa) por la que sería necesaria la unanimidad del Consejo “para la negociación y la celebración de acuerdos en el ámbito del comercio de servicios culturales y audiovisuales, cuando éstos puedan afectar negativamente a la diversidad cultural y lingüística de la Unión” (art. 217.4.2). En lo que respecta a la Parte IV, se le añadió un artículo dedicado a la simbología de la Unión.

Consejo Europeo, Silvio Berlusconi, el 18 de julio de 2003, constando de 465 artículos divididos en cuatro partes<sup>432</sup>, cinco Protocolos anexos<sup>433</sup> y tres Declaraciones<sup>434</sup>.

Una vez acabada la labor de la Convención con la elaboración de una propuesta de texto constitucional, se inició la Conferencia Intergubernamental<sup>435</sup>, pues como recordaba la propia *Declaración de Laeken* “el documento final servirá de punto de partida para los debates de la Conferencia Intergubernamental, que adoptará las decisiones definitivas”<sup>436</sup>.

Entre los gobiernos nacionales había divergencias, sobre todo, en torno a la configuración de la estructura institucional, lo que acabaría siendo el nudo gordiano de la Conferencia Intergubernamental<sup>437</sup>; incluso la propia Comisión no veía con buenos

---

<sup>432</sup> Las Partes I y II (*Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión*), constaban de 59 y 54 artículos respectivamente. La Parte III (*De las políticas y el funcionamiento de la Unión*) sería la más completa y detallada, con 342 artículos que recogían el núcleo duro de los Tratados comunitarios, mientras que la Parte IV (*Disposiciones generales y finales*) contaría con 10 artículos. Cabe subrayar que la numeración no era continua, sino que comenzaba al principio de cada parte, constando cada artículo de un número romano indicativo de la parte (I, II, III o IV) y del número arábigo correspondiente, lo que no favorecía la claridad; por ello la CIG adoptaría finalmente la fórmula continua (numeración correlativa de principio a fin) aunque manteniendo la numeración romana como indicativa de la parte.

<sup>433</sup> *Protocolo sobre el cometido de los Parlamentos Nacionales en la Unión Europea; Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad; Protocolo sobre la representación de los ciudadanos en el Parlamento Europeo y la ponderación de votos en el Consejo Europeo y en el Consejo de Ministros; Protocolo sobre el grupo del Euro; y Protocolo por el que se modifica el Tratado EURATOM.*

<sup>434</sup> *Declaración anexa al Protocolo sobre la representación de los ciudadanos en el Parlamento Europeo y la ponderación de votos en el Consejo Europeo y en el Consejo de Ministros; Declaración sobre la creación de un servicio europeo de acción exterior; y la importante Declaración al acta final de firma del tratado por el que instituye la Constitución*, relativa a la ratificación de la misma.

<sup>435</sup> Las Conclusiones del Consejo Europeo de Salónica habían considerado al proyecto constitucional presentado por la Convención como una “buena base” de trabajo para la CIG. En el apartado 5 del epígrafe *Convención y CIG* de las citadas conclusiones, se establecía con bastante precisión el calendario que habría de seguir la Conferencia Intergubernamental: inicio del procedimiento establecido en el art. 48 TUE (en la sesión de julio del Consejo), convocatoria de la CIG en octubre de 2003 (su apertura fue el 4 de ese mes en Roma), adopción de un acuerdo antes de las elecciones europeas de junio de 2004, y firma una vez concretada la ampliación (después del 1 de mayo, fecha de adhesión de los nuevos miembros).

<sup>436</sup> La opinión generalizada es que la Convención propició un debate más rico y transparente sobre la construcción europea. No obstante, algunos autores, reconociendo estas aportaciones de la Convención, cuestionaban que supusiera mayor democratización, *vid.* MANGAS MARTÍN, Araceli: “La Unión Europea...”, p. 80. En similar sentido, De Areilza afirmaba que “un aspecto sombrío de la reforma es la falta de participación de los ciudadanos en los debates de la Convención, a pesar de los intentos iniciales de organizar foros ciudadanos y de haber superado el secretismo de las conferencias diplomáticas abriendo las puertas de la negociación día a día a través de Internet”, DE AREILZA CARVAJAL, José María: “La Convención Europea: un balance”, *Política Exterior*, vol. XVII, nº 94, julio/agosto, (2003), pp. 44-45. De hecho, según un sondeo elaborado por *Taylor Nelson Sofres/EOS Gallup* en los días posteriores al Consejo Europeo de Salónica, únicamente el 45% de los europeos había oído hablar en alguna ocasión de la Convención y el 52% desconocía el tipo de texto elaborado por ella.

<sup>437</sup> Aspectos como la definición de la mayoría cualificada; la composición y forma de elección de la Comisión; la composición definitiva del Parlamento Europeo y la distribución de escaños; las competencias del Presidente del Consejo Europeo y del Ministro de Asuntos Exteriores; o la estructura

ojos este nuevo diseño<sup>438</sup>. No obstante, bajo el impulso del gobierno italiano, que quería alcanzar un acuerdo coincidiendo con su Presidencia semestral del Consejo, los Jefes de Estado y de Gobierno llegaron al Consejo Europeo de Bruselas, de 12 y 13 de diciembre de 2003, con un elevado grado de acuerdo sobre el texto constitucional, reduciéndose las discrepancias a una única, a la par que importante materia: la definición de la mayoría cualificada<sup>439</sup>.

En todo caso, este aspecto sería decisivo a la postre, pues a pesar de las largas negociaciones en el seno del Consejo Europeo, se constató la imposibilidad de alcanzar un acuerdo sobre los porcentajes definitivos de la mayoría cualificada previstos en el art. 24 del proyecto de la Convención, por lo que el Consejo concluyó sin que el texto constitucional pudiera ser aprobado<sup>440</sup>.

---

final del Consejo Legislativo y de Asuntos Generales. Ya en Salónica, la entonces ministra española de Asuntos Exteriores, Ana Palacio, había manifestado que “Hay dos tipos de propuestas de la Convención, las que integran el acervo convencional, que serán aceptadas por la CIG en más de un 95%, y las cuestiones institucionales, que han entrado más tarde en los trabajos y no fueron debatidas. Sobre éstas habrá que trabajar para mejorarlas aprovechando el impulso de la Convención”, *El País*, 21 de junio de 2003, p. 5.

<sup>438</sup> El escepticismo con el que la Comisión acogió el proyecto de la Convención se fundamentaba en tres aspectos básicos: insuficiente ampliación de la mayoría cualificada, al tiempo que continuaba habiendo demasiadas excepciones al procedimiento legislativo ordinario; rechazo de la figura del Presidente del Consejo Europeo; y desaprobación del sistema adoptado para reducir el número de miembros de la Comisión con la creación de los comisarios delegados sin derecho a voto. No debemos olvidar que la Comisión había formulado su propia propuesta de Tratado Constitucional, conocida como proyecto *Penélope*, en la que salía mucho más favorecida, *vid. Comunicación de la Comisión sobre el futuro de la Unión Europea*, de 4 de diciembre de 2002: el Presidente de la Comisión sería elegido por el Parlamento Europeo y aprobado después por el Consejo Europeo, estableciéndose que ambas instituciones podrían censurar a la Comisión; no se creaba una Presidencia del Consejo Europeo con carácter estable, que seguiría siendo rotatoria, potenciándose la figura de un Secretario de la Unión que también sería miembro de la Comisión. Esta propuesta fue objeto de numerosas críticas en el seno de la propia Comisión, por lo que se utilizó simplemente como documento de trabajo sin comprometer al colegio de comisarios.

<sup>439</sup> La mayoría de las diferencias se habían solventado en el Consejo preparatorio celebrado en Nápoles el 28 y 29 de noviembre (CIG 60/03 ADD 1 y CIG 60/03 ADD 2). Del mismo modo, otros dos aspectos fundamentales objeto de controversia también se habían resuelto, aceptándose la petición de los estados pequeños de tener un representante en la Comisión y subir el mínimo de *europarlamentarios* por país (de cuatro a cinco). Paralelamente se había encargado a un grupo de expertos juristas, presidido por Jean-Claude Piris, la verificación jurídica del Tratado Constitucional, para corregir sus imprecisiones jurídico-técnicas, contradicciones, lagunas o reiteraciones, pero sin entrar en cuestiones de fondo (CIG 50/03 y 50/03 ADD 1, en sus versiones corregidas).

<sup>440</sup> Dos grandes bloques se habían enfrentado en torno al art. 24: Francia y Alemania pretendían mantener los porcentajes reflejados en la propuesta de la Convención; España y Polonia querían, por el contrario, mantener el criterio diseñado en Niza o en unos parámetros muy próximos. No obstante, otros factores secundarios tampoco favorecieron la consecución de un acuerdo: la fractura que se produjo en el seno de la UE por la guerra de Irak, circunstancias económicas (el incumplimiento del pacto de estabilidad o la negociación de las nuevas perspectivas financieras), o la propia actuación de la presidencia italiana, no especialmente activa en buscar vías de encuentro para solucionar el problema de la mayoría cualificada, *vid. CANCELA OUTEDA, Celso - FAÍÑA MEDÍN, Andrés - PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos - RÍOS PAREDES, Xulio - SOBRINO HEREDIA, José Manuel: El proceso de elaboración de la Constitución Europea. Aportación al debate de las Universidades gallegas*, Santiago de Compostela, Fundación

De todas formas, de inmediato se detectó un interés generalizado entre los distintos líderes europeos en alcanzar un acuerdo constitucional a lo largo del año 2004 que contribuyera a borrar la mala imagen dada meses atrás en Bruselas; la presidencia irlandesa aceleró las negociaciones y situó el mes de junio como fecha para alcanzar un acuerdo, a lo que también contribuyeron los cambios políticos producidos en España y Polonia durante ese intervalo temporal<sup>441</sup>.

De esta forma, en el Consejo Europeo de 17 y 18 de junio de 2004 se aprobaba definitivamente el texto constitucional, manteniendo la base del proyecto de la Convención aunque incluyendo una serie de modificaciones ligadas fundamentalmente a la arquitectura institucional (y, en especial, a la definición de la mayoría cualificada) para poder alcanzar la necesaria unanimidad<sup>442</sup>.

Cuatro meses después, el 29 de octubre, los Jefes de Estado y de Gobierno de los veinticinco rubricaban solemnemente en Roma la Constitución<sup>443</sup>. El texto constitucional contaba finalmente con 448 artículos, 36 Protocolos y dos Anexos, completadas con 50 Declaraciones anexas al Acta Final.

---

Galicia Europa, 2004, pp. 22-26. Del mismo modo, Méndez de Vigo se manifiesta crítico con la labor de la presidencia italiana, *vid.* MÉNDEZ DE VIGO, Iñigo: *El rompecabezas...*, pp. 344-346.

<sup>441</sup> Así, el nuevo gobierno español salido de las elecciones del 14 de marzo era más proclive a las tesis franco-alemanas y, por ende, a la aceptación del principio de doble mayoría (de estados y población) previsto en el art. 24 del texto de la Convención; al tiempo, se había producido la dimisión del Primer Ministro polaco, Leszek Miller, acérrimo defensor del sistema de voto acordado en Niza. También había que considerar otros aspectos que facilitarían el acercamiento de posturas en torno a la Constitución, como el comienzo de las negociaciones para fijar el marco plurianual (2007-2013) que conllevaba la distribución de los fondos comunitarios y que el Canciller alemán, Gerhard Schröder, vinculaba directamente al acuerdo sobre el texto constitucional; o la renovación a lo largo del año 2004 de las instituciones europeas, con la celebración de elecciones al Parlamento Europeo y la elección de una nueva Comisión.

<sup>442</sup> De hecho, el texto constitucional mantenía el 90% de las propuestas de la Convención, recogiendo 13.500 palabras que coincidían con el proyecto, de un total de 14.800, según lo afirmado por Giscard d'Estaing en la rueda de prensa de 21 de junio de 2004 sobre la valoración del texto final elaborado por la CIG (EUROPA PRESS). Como decía Méndez de Vigo, "la Convención fue una hermosa aventura saldada con éxito. Porque el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, aprobado por el Consejo europeo celebrado en Bruselas los días 17 y 18 de junio, era básicamente idéntico al que en su día redactó la Convención", MÉNDEZ DE VIGO, Iñigo: *El rompecabezas...*, pp. 356-357. Además, la CIG aceptó la propuesta de numeración arábiga continua de todos los artículos acompañados por el número romano correspondiente a cada parte, con lo que el texto final tendría una numeración novedosa (CIG 86/04).

<sup>443</sup> Dos instrumentos fueron firmados en Roma: en primer lugar, la Constitución propiamente dicha (CIG 87/04 REV 1, denominada después de la rúbrica, con la incorporación de los nombres y cargos de los plenipotenciarios en el Preámbulo, como CIG 87/2/04 REV 2) con sus Protocolos anexos (CIG 87/04 ADD 1 REV 1; REV 2 para las versiones alemana y finesa). Paralelamente, los plenipotenciarios de los veinticinco y, en este segundo caso, también de Bulgaria, Rumanía y Turquía (como observadores), rubricaron el Acta Final de la CIG (CIG 87/04 ADD 2 REV 2).

Así terminaría un proceso de elaboración constitucional de casi tres años, comenzando un período de ratificación largo, tortuoso y finalmente fracasado, ya que el texto constitucional no llegó a entrar en vigor como consecuencia de los resultados negativos en los *referenda* francés y holandés; sobre esto volveremos en el Capítulo Tercero de esta tesis doctoral.

#### IV. RASGOS GENERALES Y CONTENIDO DEL TRATADO CONSTITUCIONAL

Una vez examinado cómo se elaboró el Tratado Constitucional, procede estudiar ahora el contenido del *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*, objeto de especial atención por la doctrina, tanto en su fase de gestación por la Convención como en relación con el texto final emanado de la Conferencia Intergubernamental y rubricado en Roma<sup>444</sup>.

<sup>444</sup> La continuidad entre los dos textos, el Proyecto de Tratado Constitucional elaborado por la Convención y el Tratado Constitucional adoptado por la CIG, era patente (tal como había expuesto Giscard d'Estaing) concentrándose las diferencias fundamentalmente en el apartado institucional. En este Capítulo nos centraremos en el análisis del texto acordado en la CIG, haciendo mención del texto de la Convención en la medida en que haya una alteración sustantiva desde el punto de vista constitucional o en el ámbito competencial, donde ambos textos se estudiarán autónomamente en el Capítulo Cuarto. Como decíamos, los estudios y referencias bibliográficas son abundantes, por lo que se propone una selección. Para un estudio monográfico del texto de la Convención, *vid.* PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos - CANCELA OUTEDA, Celso - MARTÍNEZ ARRIBAS, Fernando - NÚÑEZ POBLETE, Manuel: *Proyecto de Tratado polo que se institúe unha Constitución para Europa*, Santiago de Compostela, Fundación Galicia Europa, 2003 (se incluyen sus precedentes en los Tratados y jurisprudencia, la génesis convencional, comparaciones con otros modelos constitucionales y comentarios). Pueden verse análisis doctrinales de las principales áreas (agrupadas temáticamente) del proyecto de la Convención en ALBERTÍ ROVIRA, Enoch (director) - ROIG MOLÉS, Eduard (coordinador): *El Proyecto de nueva Constitución Europea. Balance de los trabajos de la Convención sobre el futuro de Europa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004; y PUEYO LOSA, Jorge (director): *Constitución y ampliación de la Unión Europea. Crisis y nuevos retos*, Santiago de Compostela, Tórculo, 2004. Para un estudio detallado, *vid.* ÁLVAREZ CONDE, Enrique - GARRIDO MAYOL, Vicente (coordinadores): *Comentarios a la Constitución Europea*, vol. I, II y III, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004 (sus tres volúmenes lo abarcan prácticamente todo: Derecho Comunitario, competencias, instituciones, Carta de los Derechos Fundamentales, políticas o finanzas). También es interesante la perspectiva que aportan alguno de los miembros españoles de la Convención, en BORRELL, Josep - CARNERO, Carlos - LÓPEZ GARRIDO, Diego: *Construyendo la Constitución Europea. Crónica política de la Convención*, Madrid, Real Instituto Elcano, 2003, sobre todo en relación con el propio funcionamiento, dinámica y debates desarrollados en la Convención Europea. Sobre el Tratado Constitucional finalmente aprobado por la CIG, *vid.* ALONSO GARCÍA, Ricardo - SARMIENTO, Daniel: *La Constitución Europea. Texto, Antecedentes, Explicaciones*, Madrid, Thomson Civitas, 2005; MANGAS MARTÍN, Araceli: *La Constitución Europea*, Madrid, Iustel, 2005; MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco: *La Constitución Europea*, Madrid, Ramón Areces, 2005; JIMENA QUESADA, Luis - ALEGRE MARTÍNEZ, Miguel Ángel: *Fundamentos Constitucionales de la Unión Europea*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2006; o FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela: *Luces y sombras del Tratado Constitucional Europeo*, Madrid, Dykinson, 2007 (esta obra abarca también las dificultades derivadas de su proceso de ratificación). Una interesante compilación de los documentos más relevantes del proceso, pudiendo contrastarse las modificaciones de la CIG respecto de la Convención, puede verse en ALGUACIL GONZÁLEZ-AURIOLES, Jorge: *La elaboración del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*, Madrid, Boletín Oficial del Estado-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005. Un análisis detallado de todo este “proceso constituyente” (desde el discurso de Fischer a la CIG, pasando por la Convención)

Para ello utilizaremos un esquema sustentado en el análisis separado del Preámbulo y de cada una de las cuatro partes del Tratado Constitucional, seguido de una breve referencia a la dimensión regional del texto, para finalizar con una pequeña *exégesis* crítica sobre lo que ha supuesto la comúnmente denominada Constitución Europea.

#### A. Preámbulo

Del mismo modo que el Tratado de la Comunidad Europea y el Tratado de la Unión Europea, el Tratado Constitucional comenzaba con un Preámbulo en el que se recogían consideraciones clásicas<sup>445</sup>: ahondar en el carácter democrático u obrar en pro de la paz, la justicia y la solidaridad. Hacía también una mención a los “pueblos de Europa”<sup>446</sup>, la divisa de la Unión “unida en la diversidad” (también reflejada en el art. I-8), la garantía de continuidad del acervo comunitario, así como una *laudatio* a los miembros de la Convención Europea “por haber elaborado el proyecto de esta Constitución en nombre de los ciudadanos y de los Estados de Europa”, lo que tenía no poca importancia, puesto que rechazaba la configuración del Tratado Constitucional como carta otorgada por los estados y le confería una legitimidad democrática mayor que las reformas precedentes de los Tratados.

Conviene recordar que la redacción de este Preámbulo produjo no pocos quebraderos de cabeza en cuanto a la inclusión de una referencia expresa al

---

puede verse en NORMAN, Peter: *The accidental Constitution. The making of Europe's Constitutional Treaty*, Bruselas, EuroComment, 2005; o en MÉNDEZ DE VIGO, Íñigo: *El rompecabezas. Así redactamos la Constitución Europea*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2005, que entra en las claves del porqué de las decisiones finalmente adoptadas, con la virtualidad emanada de que el autor fuera miembro del propio *Praesidium* de la Convención. Desde una óptica más estrictamente gallega, *vid.* BARREIRO RIVAS, Xosé Luis, *et alii*: *O Tratado da Constitución europea. Visións desde Galiza*, A Coruña, Baía, 2005; o CANCELA OUTEDA, Celso - FAÍÑA MEDÍN, Andrés - PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos - RÍOS PAREDES, Xulio - SOBRINO HEREDIA, José Manuel: *El proceso de elaboración de la Constitución Europea. Aportación al debate de las Universidades gallegas*, Santiago de Compostela, Fundación Galicia Europa, 2004.

<sup>445</sup> En la versión salida de la Convención, el Preámbulo estaba encabezado por la cita de Tucídides “Nuestra Constitución se llama democracia... porque el poder no está en manos de unos pocos sino de la mayoría”; lo cierto es que en la CIG esta cita desapareció sin que se aclararan los motivos para ello, si bien tampoco hubo intentos de rescatarla dignos de consideración. Desde nuestro punto de vista quizá hubiera sido más conveniente algún tipo de referencia al estilo de lo dispuesto en el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

<sup>446</sup> Incluyendo la referencia a la complementariedad entre identidades nacionales e integración europea: “los pueblos de Europa, sin dejar de sentirse orgullosos de su identidad y de su historia nacional, están decididos a superar sus antiguas divisiones y, cada vez más estrechamente unidos, a forjar un destino común”.

cristianismo: la Iglesia Católica y diversos líderes europeos la reclamaron<sup>447</sup>, si bien al final se impuso la tesis francesa de omitir esta mención en contra, incluso, de las preferencias personales de Giscard d'Estaing, de modo que lo que se insertó fue una mención genérica a la herencia cultural, religiosa y humanista<sup>448</sup>. Además, al integrarse la Carta de los Derechos Fundamentales en la Constitución como Parte II, se produce la peculiar situación de coexistencia de dos preámbulos en el mismo texto: uno, como general a toda el Tratado Constitucional, y otro específico de la CDF procedente de la propia Convención que elaboró la Carta.

## B. La Parte I: El núcleo constitucional de la Unión

La Parte I era el auténtico núcleo del Tratado Constitucional, como muestra el hecho de que, a pesar que carecer en su versión final de rúbrica, el Anteproyecto presentado en su momento por Giscard d'Estaing la denominaba expresamente *De la arquitectura constitucional*<sup>449</sup>. Esta parte, por tanto, otorgaba verdadero sentido constitucional al texto (con la Parte II que integra la Carta de los Derechos Fundamentales) y, en consecuencia, serán sus nueve Títulos los que tendrán un tratamiento más detallado.

### 1. Título I: Definición y objetivos de la Unión

Este Título I constaría de ocho preceptos de fuerte carga constitucional. Así, en lo que respecta al art. I-1 TC, su apartado primero aparece como base angular del resto del texto, pues creaba la Unión y configuraba la legitimidad originaria de la *Carta Magna*. En este sentido, la redacción final consagraba la importancia de los estados en la construcción europea, al atribuir el nacimiento de la Constitución a la “voluntad de los

<sup>447</sup> En este sentido, la posición del entonces Presidente del Gobierno español, José María Aznar, en el Consejo Europeo de Salónica, *El País*, 21 de junio de 2003, p. 5. En el plano académico resultaba interesante la perspectiva expuesta por Weiler, quien, tras examinar las constituciones de los países de la Unión, consideraba que “las referencias a Dios y/o al cristianismo se encuentran en las tradiciones constitucionales de países que en conjunto representan bastante más de la mitad de la población europea”, por lo que “el ordenamiento constitucional europeo en materia de libertad religiosa [...] no se viola por el solo hecho de que la Constitución dé expresión a la sensibilidad religiosa o a la sensibilidad *laica* del cuerpo político”, WEILER, Joseph H. H.: *Una Europa cristiana. Ensayo exploratorio*, Madrid, Encuentro, 2003, pp. 62-63.

<sup>448</sup> El párrafo quedaba redactado como sigue: “Inspirándose en la herencia cultural, religiosa y humanista de Europa, a partir de la cual se han desarrollado los valores universales de los derechos inviolables e inalienables de la persona humana, la democracia, la libertad y el Estado de Derecho”.

<sup>449</sup> Anteproyecto de Tratado Constitucional, presentado el 28 de octubre de 2002 (CONV 369/02).



ciudadanos y de los Estados de Europa”<sup>450</sup>, al tiempo que son éstos los que confieren competencias a la Unión<sup>451</sup> que serían ejercitadas de modo comunitario<sup>452</sup>. El segundo apartado de esta disposición mencionaba que “la Unión está abierta a todos los Estados europeos que respeten sus valores y se comprometan a promoverlos en común”.

Al hilo de lo anterior, el art. I-2 recogía los valores de la Unión, con una redacción semejante al art. 6.1 TUEa<sup>453</sup>; valores que servirían de fundamento a la Unión y como requisito para solicitar la adhesión a la misma conforme a lo dispuesto en el art. I-58. El art. I-3 mencionaba una larga lista de objetivos de la Unión inspirados en lo dispuesto en los Tratados entonces vigentes (arts. 2 y 3 TCE; art. 2 TUEa)<sup>454</sup>. Por su parte, el art. I-4 incorporaba en una única disposición las diseminadas libertades fundamentales: libre circulación de personas, bienes, servicios y capitales, así como la libertad de establecimiento<sup>455</sup>, a la par que se prohibía, de forma expresa, toda discriminación por razón de nacionalidad.

---

<sup>450</sup> Sin embargo se omitió toda referencia a los pueblos que sí había en el art. 1 TUE. Esta sustitución de “pueblos” por “ciudadanos” fue uno de los cambios introducidos por el borrador de la Convención de 24 de mayo de 2003, trasladándose la mención de los pueblos al Preámbulo.

<sup>451</sup> El precepto es redactado como una transferencia de competencias estatales a la Unión, por lo que ésta sólo tendría las competencias que los estados le atribuyeran; por tanto, el artículo no deja de reflejar una formulación del principio de atribución.

<sup>452</sup> Igual que acabamos de ver respecto a los pueblos, el borrador presentado en la Convención el 24 de mayo de 2003, en base a una enmienda del representante del gobierno británico Peter Hain, sustituyó el término federal por el de comunitario, aunque a efectos prácticos (fuera del debate teórico-doctrinal) no se acababa de ver la diferencia; parecía más bien una modificación destinada a facilitar la futura ratificación del Tratado Constitucional en el Reino Unido que, aún así, tampoco se produciría.

<sup>453</sup> No obstante, el art. I-2 TC añadía una mención explícita de la igualdad y los derechos de las minorías, en el marco de una “sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres”.

<sup>454</sup> Podemos citar “promover la paz, sus valores y el bienestar de sus pueblos”, “un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores y un mercado interior en el que la competencia sea libre”, “una economía social de mercado altamente competitiva tendente al pleno empleo y al progreso social” (insertando la expresión *altamente competitiva*, lo que no estuvo exento de polémica), la lucha contra “la exclusión social y la discriminación”, el fomento de “la igualdad entre hombres y mujeres”, “la protección de los derechos del niño”, “la cohesión económica, social y territorial y la solidaridad entre los Estados miembros” (se incorpora el ámbito territorial), el respeto de la “diversidad cultural y lingüística” (se añade esta referencia haciéndose un guiño a las entidades subestatales, tradicionalmente olvidadas por la Unión en el proceso de integración), o su papel en el mundo, respetando en particular “los principios de la Carta de las Naciones Unidas”. Debemos destacar, no obstante, el apartado quinto, que se podía entender como una referencia genérica al principio de atribución y de proporcionalidad, al reflejar que “la Unión perseguirá sus objetivos por los medios apropiados, de acuerdo con las competencias que se le atribuyen en la Constitución”.

<sup>455</sup> No vamos a entrar en la importancia que el desarrollo de estas libertades supuso para la transformación de la Unión desde una Organización Internacional hasta una comunidad política propia. Simplemente nos interesa destacar la clarificación que este artículo suponía respecto al marco normativo entonces vigente: arts. 23.1, 39, 43, 49 y 56 TCE.

El art. I-5 recogía las relaciones básicas que regirían entre la Unión y los estados miembros, estructurándose en dos bloques. Así, el apartado primero mantenía el principio de respeto a la identidad nacional de los estados miembros del art. 6.3 TUEa, con dos significativos incisos: el respeto “a la autonomía local y regional” y el respeto de “las funciones esenciales del Estado, especialmente las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad nacional”<sup>456</sup>. Por su parte, el apartado segundo insertaba el principio de cooperación leal, confirmando el carácter recíproco del deber de cooperación: afecta a los estados respecto a la Unión, pero también a la Unión respecto de aquéllos, vertiente ésta no plasmada hasta entonces en los Tratados<sup>457</sup>; este principio de cooperación leal tendrá su incidencia, como veremos en el Capítulo Cuarto, en el sistema competencial entre la UE y los estados.

El siguiente precepto tendría una indiscutible importancia: la formulación, de modo expreso, del principio de primacía en el art. I-6 por el que “la Constitución y el Derecho adoptado por las instituciones de la Unión en el ejercicio de las competencias que se le atribuyen a ésta primarán sobre el Derecho de los Estados miembros”<sup>458</sup>. Disposición que nos perseguirá prácticamente a lo largo de todo este trabajo: al final de este Capítulo abordaremos su incidencia en relación con el ordenamiento jurídico español, en el Capítulo Tercero veremos como el Tratado de Lisboa tiene que prescindir de su configuración expresa, y en el Capítulo Cuarto analizaremos su naturaleza en cuanto a la distribución territorial de competencias.

<sup>456</sup> Este inciso fue añadido a petición del representante del gobierno español, buscando fortalecer a “futuros ejecutivos frente a posibles tentaciones secesionistas”, POWELL, Charles: “El gobierno español ante el proyecto de Tratado Constitucional”, *Análisis del Real Instituto Elcano*, ([www.realinstitutoelcano.org/analisis](http://www.realinstitutoelcano.org/analisis)), 23 de junio de 2003, p. 1.

<sup>457</sup> Como casi siempre, la consolidación de la doble dirección de este principio se debía a la construcción elaborada por el Tribunal de Luxemburgo, *vid.* sentencia de 10 de febrero de 1983, *Luxemburgo/Parlamento Europeo*, asunto 230/81 o sentencia de 15 de enero de 1986, *Hurd/Jones*, asunto 44/84. La jurisprudencia comunitaria había evolucionado en relación con las consecuencias jurídicas que se podían extraer de este principio de cooperación leal: el TJCE pasó de considerar la formulación prevista en los Tratados como demasiado vaga para que derivaran de ella obligaciones, a admitir que del mismo se extrajeran obligaciones por sí mismo, sin precisar de otros elementos del Derecho Comunitario, tal como recoge la sentencia de 21 de septiembre de 1983, *Deutsche Milchkontor and others/Federal Republic of Germany*, asunto 205-215/82, *vid.* MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José: *El sistema...*, pp. 57-58.

<sup>458</sup> El proyecto de la Convención situaba este principio en el art. 10.1 de la Parte I, dentro del Título relativo a las competencias de la Unión.

Este principio, básico en el funcionamiento histórico de las Comunidades y desarrollado por el Tribunal de Luxemburgo a través de conocidas sentencias (*Costa*, *Simmenthal*, etc.) se hacía ahora por primera vez explícito<sup>459</sup>, con un precepto que era “intrínseco a todas las Constituciones federales”<sup>460</sup>.

Ahora bien, aunque realidad fáctica desde décadas atrás, la inclusión de esta cláusula volvía a traer a primer plano las dificultades que para los ordenamientos constitucionales internos suponía el reconocimiento expreso de la preeminencia del Derecho de la Unión (originario y derivado) sobre su propio sistema jurídico, incluyendo sus constituciones, lo que fue motivo de polémica en la misma Convención<sup>461</sup> y llevó a la Conferencia Intergubernamental a precisarlo en una Declaración anexa al Acta Final, advirtiendo que su contenido reflejaba el *case law* desarrollado por el Tribunal de Justicia<sup>462</sup>.

Por su parte, el art. I-7 otorgaba personalidad jurídica a la Unión, sirviendo de base para poner fin, al menos teóricamente, a la estructura de pilares: se creaba una Unión (art. I-1 TC) dotada de personalidad jurídica (art. I-7 TC) y de un marco institucional único (art. I-19 TC) que derogaría, como veremos posteriormente, a los Tratados anteriores (art. IV-437 TC), a diferencia de las reformas precedentes que se iban superponiendo sucesivamente, creando una especie de superestructura indescifrable<sup>463</sup>.

<sup>459</sup> Ya hemos visto que los proyectos Spinelli y Herman también recogían este principio. Pero en ambos casos se trataba de propuestas del Parlamento Europeo, mientras que el Tratado Constitucional había sido firmado por los Jefes de Estado y de Gobierno de toda la Unión.

<sup>460</sup> MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José: *El sistema...*, p. 77.

<sup>461</sup> La redacción final del artículo en la Convención había sido objeto de un vivo debate, como puede verse en el documento *Reacciones al proyecto de artículos 1 a 16 del Tratado Constitucional* (CONV 574/03). Las enmiendas formuladas en el seno de la Convención eran de distinto signo: las había que pedían su supresión (Palacio, Hain y otros) o, al menos, la eliminación de la referencia al Derecho derivado (Tomlinson); otras querían que se añadiera el inciso final “en la medida en que no sean contrarias a las disposiciones constitucionales nacionales” (Muscardini); algunas buscaban precisar el principio incluyendo que “el alcance de las competencias atribuidas a la Unión estará determinado por lo dispuesto en la Parte III” (Michel y otros); y también estaban las que pretendían que se reconociera expresamente la primacía de la Constitución sobre el Derecho derivado y los Tratados de adhesión (Berger), *vid. ibidem*, p. 64.

<sup>462</sup> *Declaración relativa al artículo I-6*, por la que se “hace constar que el artículo I-6 refleja la jurisprudencia existente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal de Primera Instancia” (CIG 87/04 ADD 2 REV 2).

<sup>463</sup> En este ámbito el consenso fue bastante general desde el principio, tanto en el Grupo de Trabajo III como en el Pleno de la Convención y la posterior CIG: la estructura de pilares creaba disfunciones, tenía un complejo funcionamiento y se hacía incomprensible. Aunque con menos claridad, el Tratado de Lisboa también confirmaría la supresión de esta estructura de pilares.

De todas formas, aunque lo anterior era sumamente positivo, pudiendo ya la Unión, por ejemplo, formar parte como tal de organizaciones internacionales, o firmar acuerdos y tratados de ámbito internacional sin recurrir a ficciones jurídicas, no dejaba de esconder un aspecto preocupante: la unanimidad que caracterizaba la toma de decisiones en la PESC y la CPJMP se mantenía respecto de la primera y en algunos ámbitos del antiguo tercer pilar. Por tanto, la eliminación de la estructura de pilares no suponía la completa supresión del diferente tratamiento que los mismos conllevaban.

Finalmente, el Tratado Constitucional incorporó a este Título I una disposición sobre la simbología comunitaria (art. I-8, trasladado de la Parte IV del proyecto de la Convención) donde se recogían aspectos como la bandera, el himno, la divisa, la denominación de la moneda comunitaria o el día de Europa.

## 2. Título II: Derechos fundamentales y ciudadanía de la Unión

El Título II, relativo a los derechos fundamentales y la ciudadanía consta únicamente de dos preceptos: el art. 9 sobre derechos fundamentales, y el art. 10 sobre ciudadanía de la Unión. Por lo que se refiere al primero, instituye la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea como Parte II de la Constitución (art. I-9.1) y establece que la Unión “se adherirá” al CEDH de Roma<sup>464</sup> sin que ello afecte al sistema competencial (art. I-9.2); además, otorga el rango de principios generales a los derechos fundamentales garantizados por el CEDH y los que son fruto de las tradiciones comunes de los estados miembros (art. I-9.3 TC)<sup>465</sup>. Por su parte, el art. I-10 recoge los elementos básicos que caracterizarían la ciudadanía de la Unión (circulación y residencia, sufragio, protección diplomática y consular, derecho de petición), con una estructura similar a la

<sup>464</sup> Posibilidad anteriormente rechazada por el Tribunal de Justicia al considerar que la Comunidad carecía de base jurídica para dicha adhesión; *vid. dictamen 2/94*, de 28 de marzo de 1996 sobre la adhesión de la Comunidad al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950. La redacción final dada por la CIG tiene mayor carácter vinculante que lo dispuesto en el art. 7.2 del texto elaborado por la Convención, en el que la expresión utilizada era “procurará adherirse”. Ya en la fase de elaboración del Tratado de Ámsterdam, se estudió la posibilidad de atribuir competencias explícitas para adherirse al CEDH y elaborar un catálogo de derechos fundamentales; ambas opciones, planteadas por el *Grupo de Reflexión Westendorp* en 1995, fueron dejadas finalmente de lado en esa Conferencia Intergubernamental.

<sup>465</sup> No obstante, autores como Shaw manifiestan que no queda bien resuelta la potencial incomodidad entre la Carta legalmente vinculante y el acervo constitucional de derechos fundamentales como principios generales del Derecho de la Unión, *vid. SHAW, Jo*: “The Draft Treaty establishing a Constitution for Europe: a forward-looking and outward-looking document?”, en Xuereb (Editor), *The Value(s) of a Constitution for Europe*, European Documentation and Research Centre, Malta, 2004, p. 7.

actual Segunda Parte del TCE (arts. 17-22) y haciendo hincapié en que la ciudadanía nacional no se sustituiría por la de la Unión.

### 3. Título III: Competencias de la Unión

Como ya explicamos en la introducción, el estudio del marco competencial de la Unión y su relación con los ordenamientos estatales será el objeto del Capítulo Cuarto de esta investigación, por lo que ahora no nos centraremos en este aspecto. Daremos, eso sí, unas breves pinceladas sobre el modelo diseñado en el texto constitucional para mantener la sistemática del trabajo y del epígrafe en que estamos.

La regulación competencial de la Unión se establecía en este Título III de la Parte I (arts. I-11 a I-18) si bien habría que tener en cuenta lo dispuesto en el Título V respecto del ejercicio de las competencias, en el *Protocolo sobre la función de los Parlamentos Nacionales en la Unión Europea*, en el *Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad*, así como en diversos preceptos diseminados a lo largo de todo el Tratado Constitucional.

El texto constitucional parte del principio de atribución de competencias a la Unión (art. I-11.1) haciendo expresa la típica cláusula federal de competencia residual por la que “toda competencia no atribuida a la Unión en la Constitución corresponde a los Estados miembros” (art. I-11.2).

De la misma forma, los principios de subsidiariedad, en el que se introduce el importante inciso relativo al nivel regional y local, y proporcionalidad (arts. I-11.1, I-11.3 y I-11.4 TC) son clarificados y se mejoran sus posibilidades de control con el sistema de alerta temprana recogido en el *Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad* del que hablaremos al estudiar el papel de los Parlamentos Nacionales y la dimensión regional del texto.

No obstante, la principal novedad del Tratado Constitucional en este ámbito sería la categorización general de las competencias que recoge el art. I-12 sobre la base de los criterios seguidos por el Tribunal de Luxemburgo. Así, se distinguiría entre competencias exclusivas (concretadas en el art. I-13), compartidas (desarrolladas en el

art. I-14), y acciones de apoyo, coordinación o complemento (cuyos ámbitos se recogen en el art. I-17).

Por su parte, el art. I-12.3 recogía una competencia general de coordinación de las políticas económicas y de empleo por parte de la Unión, desarrollada en el art. I-15 que, por su relación con la política monetaria fue incluida en un artículo específico<sup>466</sup>. El art. I-12.4, conjuntamente con el art. I-16, plasmaría la competencia de la Unión en la PESD, así como la definición progresiva de una política común de defensa que podría conducir a una defensa común. Finalmente, la cláusula de flexibilidad prevista entonces en el art. 308 TCE, se mantenía en el art. I-18 TC, introduciendo ligeros cambios que mejoraban el limitado papel que en este ámbito tenía el Parlamento Europeo.

#### 4. Título IV: Instituciones y órganos de la Unión

Este bloque abarcaría uno de los ámbitos que más pasiones y desencuentros generan cada vez que se realiza una reforma en la Unión Europea: la cuestión de quiénes tienen el poder y cómo ha de ejercerse. La arquitectura institucional se plasmaría en el controvertido Título IV de la Parte I (*De las Instituciones y Órganos de la Unión*) que recogería las disposiciones esenciales de las diferentes instituciones, completadas por el Capítulo I (*Disposiciones Institucionales*) del Título VI (*Funcionamiento de la Unión*) de la Parte III del Tratado Constitucional<sup>467</sup>.

La dificultad que siempre suponía tratar la cuestión institucional, llevó a que en el seno de la propia Convención se aplazara esta cuestión hasta la fase final de sus

<sup>466</sup> El ámbito relativo a la coordinación de políticas económicas sufrió pequeñas modificaciones de carácter técnico en la CIG respecto del texto emanado de la Convención.

<sup>467</sup> Este Capítulo I contendría, a su vez, cuatro secciones de carácter institucional. En su Sección 1 se recogerían las instituciones: Parlamento Europeo (arts. III-330 a 340), Consejo Europeo (art. III-341), Consejo de Ministros (arts. III-342 a 346), Comisión Europea (arts. III-347 a 352), Tribunal de Justicia (arts. III-353 a 381), Banco Central Europeo (arts. III-382 a 383) y Tribunal de Cuentas (arts. III-384 a 385). La Sección 2 haría referencia a los organismos consultivos de la Unión: Comité de las Regiones (arts. III-386 a 388) y Comité Económico y Social (arts. III-389 a 392). La Sección 3 estaría dedicada al Banco Europeo de Inversiones (arts. III-393 a 394). Por último, la Sección 4 contendría las disposiciones comunes a estas instituciones, órganos y organismos (arts. III-395 a 401). La regulación del cuadro institucional en dos partes (la I y la III) que, en ocasiones, se repetían, no era muy afortunada desde el punto de vista constitucional y técnico, *vid.* PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos - CANCELA OUTEDA, Celso - MARTÍNEZ ARRIBAS, Fernando - NÚÑEZ POBLETE, Manuel: *Proyecto de...*, p. 281.

trabajos, no creándose siquiera un Grupo de Trabajo específico sobre ella<sup>468</sup>. Además, no estaba nada claro el mandato de la Convención para realizar una reforma en este punto: para muchos, Niza (mejor o peor) había tratado la cuestión institucional con vistas a la ampliación y no consideraban adecuado volver a abrir esta “caja de Pandora”; no obstante, el Tratado Constitucional finalmente no sólo se pronunciaría sobre el ámbito institucional sino que lo haría a través de numerosas innovaciones que le darían un completo cambio de cara.

El marco institucional de la Unión, conforme a lo señalado en el art. I-19 TC, estaría formado por el Parlamento Europeo, el Consejo Europeo, el Consejo de Ministros (denominado Consejo), la Comisión Europea (denominada Comisión) y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>469</sup>. Estas serían las cinco instituciones recogidas en el Capítulo I de este Título IV; aún habría que añadir otras dos instituciones, previstas en el Capítulo II, con una dimensión diferenciada: el Banco Central Europeo (art. I-30) y el Tribunal de Cuentas (art. I-31); finalmente, el art. I-32 agrupaba las figuras del Comité de las Regiones y del Comité Económico y Social, que no alcanzaban el rango de institución y se configuraban como organismos consultivos<sup>470</sup>.

<sup>468</sup> Giscard d’Estaing quería evitar que, ante un posible enrocamiento en la cuestión institucional, se paralizaran los trabajos de la Convención en el resto de los temas, lo que, hasta cierto punto, tenía su lógica. Lo que ya no parecía tan razonable sería la condensación, en poco más de un mes, de toda la reforma institucional, llevando en todo momento el *Praesidium* la iniciativa y dejando poco margen de maniobra al Pleno. Aldecoa lo explicaba del siguiente modo: “El Presidente Giscard, cambiando el método habitual de la Convención, interrogó a los Jefes de Estado y de Gobierno sobre sus posiciones en estos ámbitos (reforma institucional y política exterior común) en la Cumbre extraordinaria de 16 de abril de 2003, en Atenas, en la cual se firmaron los Tratados de adhesión con diez estados candidatos. Con las respuestas recibidas y los resultados de los debates en la Convención, el Presidium redactó su propuesta de articulado, que sometió al pleno de la Convención en la sesión plenaria de 24 y 25 de abril de 2003 para su debate, enmienda y aprobación. A partir de esta fecha se inició una fase en la Convención más parecida a las tradicionales Conferencias Intergubernamentales”, ALDECOA LUZÁRRAGA, Francisco: “El resultado definitivo de la Convención Europea: la existencia de una Constitución para Europa”, *Working Paper del Real Instituto Elcano*, nº 24, (2003), p. 7.

<sup>469</sup> Este cuadro institucional no alteraba de forma significativa el marco que estaba vigente: se mantenían cuatro de las cinco instituciones previstas en el art. 7.1 TCE (Parlamento Europeo, Consejo, Comisión y Tribunal de Justicia) a las que se añadía la figura del Consejo Europeo, presente hasta ese momento en el art. 4 TUE, mientras que el Tribunal de Cuentas (previsto en el art. 7.1 TCE) se regularía en un capítulo específico del Tratado Constitucional conjuntamente con el Banco Central Europeo.

<sup>470</sup> Banco Central Europeo, Tribunal de Cuentas, Comité de las Regiones y Comité Económico y Social integrarían el Capítulo II del Título IV, denominado *Otras instituciones y órganos consultivos de la Unión*.

a) El Parlamento Europeo se regulaba, en sus aspectos básicos, en el art. I-20 TC. El primer apartado recogía las funciones encomendadas a esta institución, haciéndose explícito su papel legislador y presupuestario a un mismo nivel que el Consejo (al menos en teoría), junto a las tradicionales funciones consultivas y de control político, así como de elección del Presidente de la Comisión, aunque esta función continuaba *descafeinada*, ya que su capacidad de elección estaría limitada por la propuesta procedente del Consejo Europeo. El segundo apartado fijaba el número de escaños del Parlamento (750) y su forma de distribución (proporcional decreciente) con un número mínimo (6) y máximo (96) por país<sup>471</sup>, quedando la distribución final en manos de una Decisión del Consejo Europeo que se adoptaría por unanimidad con suficiente antelación a las elecciones de 2009, a iniciativa y con la aprobación del propio Parlamento Europeo<sup>472</sup>. El tercer y cuarto apartado fijaban, respectivamente, la forma de elección y el mandato (sufragio universal directo, en votación libre y secreta, por un período de cinco años), así como la elección de su Presidente y la Mesa entre sus diputados.

A nuestro juicio, resulta indudable que esta institución era la más fortalecida por el texto constitucional, como demostraba la generalización de la codecisión como procedimiento legislativo ordinario en la que el Parlamento tiene un papel decisorio como legislador (art. I-34). De todas formas, consideramos que su papel en la elección del Presidente de la Comisión podría haber sido mejorado, al igual que los mecanismos de control sobre el Consejo Europeo y el Consejo de Ministros. Al tiempo, hubiese sido relevante el establecimiento de un procedimiento común de elección al Parlamento Europeo ya que, aunque desde 1979 se elegía directamente, cada Estado tenía su propia regulación electoral<sup>473</sup>.

---

<sup>471</sup> Estos números eran resultado de las peticiones de los estados más pequeños que lograron que la CIG aumentara el total de escaños previstos por la Convención (736) y el *minimum* que diseñaba por país (4).

<sup>472</sup> Vid. art. 1 del *Protocolo n.º 34* sobre las disposiciones transitorias relativas a las instituciones y órganos de la Unión, anexo al Tratado Constitucional. En su apartado segundo recogía que “durante la legislatura 2004-2009, la composición y el número de representantes en el Parlamento Europeo elegidos en cada Estado miembro seguirán siendo los existentes en la fecha de entrada en vigor del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa”.

<sup>473</sup> El art. III-330 TC establecía un mandato claro para conseguir este procedimiento uniforme, si bien dicha pretensión ya se recogía en el propio art. 190.4 TCE sin que sobrepasara el campo de la mera declaración de intenciones. En este sentido, son habituales las críticas de los partidos políticos de ámbito subestatal o regional que, como en el caso de España, donde se prevé la circunscripción única para la elección del Parlamento Europeo, se ven forzados a extrañas coaliciones para intentar obtener representación.



b) El Consejo Europeo y su Presidente se regulaban respectivamente en los arts. I-21 y I-22 TC. En relación con el Consejo Europeo, el art. I-21 mantenía el espíritu del art. 4 TUE por el cual esta institución definiría las orientaciones generales, haciéndose explícito que no ejercería ninguna función legislativa. Tampoco había cambios sustanciales respecto de su composición (se introducía la pertenencia al mismo de su Presidente, y la participación en sus trabajos del nuevo Ministro de Asuntos Exteriores de la Unión) o la periodicidad de sus reuniones, si bien se hacían expresas las celebraciones trimestrales frente a las semestrales previstas en el TUE, lo que *de facto* ya venía sucediendo. Además, se añadía un inciso donde se manifestaba que sus decisiones se adoptarían por consenso, y no por unanimidad, lo que en supuestos extremos y con una interpretación más o menos forzada, podría permitir acordar determinadas decisiones con algún miembro en contra.

El art. I-22 sí implicaba una novedad en toda regla. Hasta entonces, la Presidencia del Consejo Europeo era desempeñada por el Jefe de Estado o de Gobierno del país en que recayera la presidencia semestral rotatoria de la Unión, lo que producía algunas disfunciones puesto que las prioridades de cada presidencia eran susceptibles de cambiar, lo que se traducía en cierta falta de estabilidad en la agenda política europea. Esta situación hizo que, primero la Convención y después la CIG, optaran por establecer una Presidencia permanente: la elección correspondería al propio Consejo Europeo por mayoría cualificada, su mandato sería de dos años y medio renovable una vez<sup>474</sup>, y sus funciones irían encaminadas a llevar a buen puerto los trabajos en el seno del Consejo Europeo<sup>475</sup> y a representar en el exterior a la Unión en los asuntos relativos a la PESC, sin perjuicio de las atribuciones del Ministro de Asuntos Exteriores de la Unión.

---

<sup>474</sup> En un principio, se había fijado como requisito que el Presidente del Consejo Europeo hubiera tenido que ser anteriormente miembro de este Consejo, lo que restringía mucho la lista de futuros candidatos y eliminaba a otros potenciales (*vid.* art. 16 bis del proyecto de artículos para el Título IV, CONV 691/03). Finalmente se optó por eliminar esta cláusula, manteniendo el requisito del art. I-22.3 por el que no podría ejercitar simultáneamente un mandato nacional. Del mismo modo fue rechazada la propuesta lanzada en el Pleno de 15 y 16 de mayo de 2003 por el entonces ministro de exteriores griego, Papandreu, que preconizaba la elección directa del Presidente del Consejo Europeo por los ciudadanos.

<sup>475</sup> Conforme al art. I-22.2, el Presidente del Consejo Europeo: “a) presidirá e impulsará los trabajos del Consejo Europeo; b) velará por la preparación y continuidad de los trabajos del Consejo Europeo, en colaboración con el Presidente de la Comisión y basándose en los trabajos del Consejo de Asuntos Generales; c) se esforzará por facilitar la cohesión y el consenso en el seno del Consejo Europeo; d) al término de cada reunión del Consejo Europeo, presentará un informe al Parlamento Europeo”.

La creación de esta figura fue fustigada por la Comisión Europea, quien temía perder el papel identificador del que gozaba el Presidente de la Comisión con el proceso de construcción europea. Pero más allá de disfunciones y de celos entre instituciones, no estábamos muy de acuerdo con esta figura por dos razones: añadía otra pieza en el complejo mosaico comunitario que lejos de mejorar la claridad y transparencia, la empeoraba<sup>476</sup>; y el resultado era una figura extraña al conjunto de la Unión con una legitimidad democrática muy disminuida, puesto que no era elegido ni ratificado por el Parlamento Europeo, ni tenía un mandato nacional de carácter electivo.

c) El Consejo de Ministros, sus formaciones y la definición de la mayoría cualificada se contemplaban en los arts. I-23 a I-25 TC. En lo que respecta al Consejo, el art. I-23.1 hacía expreso, como ya hemos visto al hablar del Parlamento Europeo, sus funciones legislativas y presupuestarias, a las que se añaden las de definición de políticas y de coordinación; el segundo apartado reproducía el art. 203.1 TCE que establecía que su composición, en cada una de sus formaciones, se llevara a cabo por un representante ministerial de cada Estado (y no necesariamente por el ministro estatal del ramo); finalmente, el apartado tercero establecía como regla general de decisión la mayoría cualificada.

En relación con las formaciones del Consejo de Ministros, el Tratado Constitucional preveía expresamente dos: el Consejo de Asuntos Generales, encargado de preparar las reuniones del Consejo Europeo y garantizar la actuación subsiguiente (art. I-24.2), y el Consejo de Asuntos Exteriores, que elaboraría la acción exterior de la Unión (art. I-24.3); las demás formaciones del Consejo serían establecidas por el Consejo Europeo por mayoría cualificada (art. I-24.4). Por otro lado, la posibilidad manejada por la Convención de crear un Consejo Legislativo (art. 23.1 PTC) que se fusionaría con el de Asuntos Generales para pronunciarse con el Parlamento Europeo sobre las leyes y leyes marco europeas, lo que en cierto sentido recordaba a un diseño de tipo federal<sup>477</sup>, fue rechazada en la CIG: su eliminación ya había sido prevista en el

---

<sup>476</sup> Al margen de los problemas que pudieran producirse con el Presidente de la Comisión, existía el riesgo de conflictos competenciales entre el Presidente del Consejo Europeo y el Ministro de Asuntos Exteriores, pese a que sobre el papel tenían funciones diferenciadas. La famosa frase de Kissinger preguntando a qué teléfono llamar cuando quería hablar con Europa no parece que quedara resuelta.

<sup>477</sup> El Consejo Legislativo vendría a ser una segunda cámara representante de los estados, que actuaría conjuntamente con el Parlamento, representante de los ciudadanos. No obstante, desde el inicio de las negociaciones de la CIG parecía que su existencia iba a ser muy breve, ante las peticiones de diversos

Consejo Europeo de diciembre de 2003 que fracasó en el acuerdo sobre la Constitución, y se vio confirmada con la adopción del texto definitivo, que se limitaba a reconocer que “el Consejo se reunirá en público cuando delibere y vote sobre un proyecto de acto legislativo”, por lo que cada sesión del mismo “se dividirá en dos partes, dedicadas respectivamente a las deliberaciones sobre los actos legislativos de la Unión y a las actividades no legislativas” (art. I-24.6)<sup>478</sup>.

En relación con la presidencia de las distintas formaciones del Consejo de Ministros, una lectura inicial del Tratado Constitucional parecía reflejar un resultado más ambiguo que el de la Convención: la propuesta convencional especificaba una duración anual de la presidencia de cada formación, si bien los criterios de rotación habrían de decidirse por el Consejo Europeo de forma unánime. Por el contrario, el art. I-24.7 TC sólo hablaba de rotación igual bajo las condiciones establecidas por una Decisión del Consejo Europeo por mayoría cualificada (excepto el caso del Consejo de Asuntos Exteriores cuya presidencia correspondería al Ministro de Asuntos Exteriores de la Unión) omitiendo la referencia a la duración. No obstante, la CIG incluyó una Declaración con un Proyecto de Decisión para el ejercicio de la Presidencia del Consejo de Ministros<sup>479</sup>: sería desempeñada (salvo el Consejo de Asuntos Exteriores) por grupos preestablecidos de tres estados miembros por un período de dieciocho meses, correspondiendo a cada miembro del grupo la presidencia por seis meses, siendo asistido por los otros dos en base a un programa común<sup>480</sup>.

---

países (como el Reino Unido y España) que querían evitar un órgano de inspiración claramente federalizante. Ahora bien, desde nuestro punto de vista, a pesar de esta eliminación, el resultado práctico no sería muy lejano a un esquema de inspiración federalizante: el Consejo, sería el representante de los territorios (estados) y el Parlamento Europeo el de los ciudadanos.

<sup>478</sup> En esta misma línea iría el art. I-50.2 TC, conforme al cual las sesiones del Consejo en que se delibere y vote sobre un proyecto de acto legislativo serían públicas. Así, aunque más partidarios de la existencia de un Consejo Legislativo, debemos reconocer el avance que suponía esta publicidad del Consejo, aumentando su transparencia al permitir a los ciudadanos “saber cómo votan sus ministros, limitando así la tendencia de algunos gobiernos a endosar la paternidad de ciertas decisiones impopulares (que apoyan a puerta cerrada) a otros Estados miembros o a la Comisión”, POWELL, Charles: “El gobierno español...”, p. 2. Como expresábamos anteriormente, esta publicidad también aproximaba al Consejo a una configuración más federalizante.

<sup>479</sup> *Vid. Declaración relativa al apartado 7 del artículo I-24 sobre la decisión del Consejo Europeo relativa al ejercicio de la Presidencia del Consejo* (CIG 87/04 ADD 2 REV 2).

<sup>480</sup> Asimismo, también se disponía que la Presidencia del Comité de Representantes Permanentes fuera ejercida por un representante del Estado que esté presidiendo el Consejo de Asuntos Generales, y que un representante del Ministro de Asuntos Exteriores de la Unión se encargara de la Presidencia del Comité Político y de Seguridad. En conclusión, la propuesta final de la CIG no se alejaba tanto de la regulación existente, donde la presidencia seguía un criterio de rotación semestral. No obstante, quizá hubiera sido más oportuno reproducir el novedoso diseño previsto para la presidencia del Consejo Europeo

Tratamiento específico merecería el art. I-25 TC, que introducía una nueva definición de la mayoría cualificada, aplicable tanto al Consejo Europeo como al Consejo de Ministros, y que sería causa de agrios enfrentamientos en el seno de la Convención y la CIG (y el obstáculo fundamental que impidió en un primer momento el acuerdo sobre el Tratado Constitucional). La propuesta de la Convención, con una pretensión clarificadora respecto al sistema de Niza<sup>481</sup>, preveía que las decisiones se tomaran por mayoría de estados que representaran al menos a las tres quintas partes de la población de la Unión (regla general del art. 24.1 PTC) o por dos tercios de estados que supusieran al menos tres quintas partes de la población (supuesto excepcional del art. 24.2 PTC respecto a propuestas no procedentes de la Comisión ni del Ministro de Asuntos Exteriores)<sup>482</sup>.

Tras una serie de vicisitudes<sup>483</sup>, el Tratado Constitucional optó por una nueva definición de la mayoría cualificada recogida en el art. I-25 TC: la adopción de decisiones por mayoría cualificada necesitaría un mínimo del 55% de los estados (incluyendo al menos quince) que representaran como mínimo al 65% de la población, al tiempo que la minoría de bloqueo, que se conseguiría al reunir más del 35% del total poblacional de la Unión, tendría que estar constituida como mínimo por cuatro países, funcionando como medida protectora de los estados pequeños (art. I-25.1)<sup>484</sup>.

---

(presidencia estable por dos años y medio) eligiendo sus distintos miembros a uno de ellos como Presidente por un período más amplio de tiempo.

<sup>481</sup> Torreblanca consideraba que el sistema de Niza era ineficaz y no democrático, ya que moderaba la representación de los países pequeños al tiempo que aumentaba levemente el umbral de decisión, *vid.* TORREBLANCA PAYÁ, José Ignacio: “¿Quién teme a la Convención?”, *Análisis del Real Instituto Elcano*, nº 2, (2003), p. 5.

<sup>482</sup> La propuesta de la Convención tenía dos grandes perjudicados: España y Polonia, que perdían peso político; la comparación con Alemania resulta ilustrativa: si en Niza sólo tenía dos votos más que España (29 por 27), con el sistema propuesto por la Convención duplicaría la diferencia (170 por 82). En todo caso parecía bastante evidente que la defensa o el rechazo del modelo de Niza tenía más que ver con la defensa de los respectivos intereses nacionales y la lucha de poder, que con la necesidad de aclarar y hacer más transparente el sistema; prueba de ello es el enrevesado modelo adoptado finalmente por la CIG.

<sup>483</sup> Después del bloqueo de la CIG en diciembre de 2003, las posiciones de los nuevos gobiernos español y polaco (aceptando la doble mayoría), pero también de franceses y alemanes (consintiendo en modificar los porcentajes) se flexibilizaron. Con todo, al inicio del Consejo Europeo de 17 y 18 de junio de 2004, las posturas sobre el umbral de estados y población necesario para adoptar (o, en sentido contrario, bloquear) decisiones eran divergentes: España acudía a la cita de Bruselas con una propuesta de máximos, mayoría de estados que representaran al 66,66% de la población; los países pequeños pretendían mejorar su posición bajando el umbral de población al 50% que, de esta forma, se equipararía al de los estados; por su parte, Francia y Alemania defendían el sistema establecido en la Convención, que primaba su importancia demográfica, aunque con menos entusiasmo que en la cita precedente.

<sup>484</sup> Además, conviene hacer notar que las abstenciones no se tendrían en cuenta al contabilizar países y población; y en aquellos casos donde no todos los miembros del Consejo tengan derecho a voto (por

Igualmente, también se aumentaban los porcentajes de la cláusula excepcional, por la que si el Consejo no actuaba a propuesta de la Comisión o del Ministro de Asuntos Exteriores, la mayoría exigida sería del 72% de estados que comprendieran al menos el 65% de la población (art. I-25.2).

Este modelo, cuya entrada en funcionamiento se produciría a partir del 1 de noviembre de 2009<sup>485</sup>, todavía se complicaría más, puesto que para que Polonia diese su visto bueno, se acordó un Proyecto de Decisión sobre la aplicación del art. I-25 en el que se introducía una confusa fórmula: si los miembros del Consejo representaban al menos tres cuartas partes del nivel de población o del número de estados necesarios para constituir una minoría de bloqueo (minoría que exigiría más del 35% de la población), e indicaran su oposición a un acto del Consejo adoptado por mayoría cualificada, éste órgano discutirá el asunto, haciendo todo lo posible por llegar a un acuerdo antes de votar<sup>486</sup>.

La valoración de la configuración dada por la CIG a la mayoría cualificada estará llena de claroscuros. La redacción finalmente adoptada dejaba a España en una posición razonable respecto de las alianzas que pudiera realizar en el futuro para la defensa de sus intereses específicos: la reducción en cinco puntos del porcentaje de población para bloquear permitía a España llegar a ese umbral con su tradicional política de alianzas mediterráneas<sup>487</sup>. No obstante, y aún admitiendo que sin esta fórmula de compromiso probablemente no hubiera sido posible el acuerdo, la solución no nos deja completamente satisfechos: la propuesta de doble mayoría presentada por la Convención había sido desnaturalizada, convirtiendo porcentajes claros (50-60%) en artificiosos (55-65%), al tiempo que se rodeaba de multitud de matices y excepciones incomprensibles para el ciudadano. No deja de ser contradictorio que una Europa preocupada por la cada vez más alta abstención en los comicios al Parlamento de

---

ejemplo, en la *eurozona* o en las cooperaciones reforzadas), las cláusulas del precepto serán adaptadas de manera que el cómputo sólo se refiera a dichos estados.

<sup>485</sup> Vid. art. 2 del *Protocolo n° 34* sobre las disposiciones transitorias relativas a las instituciones y órganos de la Unión, anexo al Tratado Constitucional.

<sup>486</sup> Vid. art. 1 *Declaración relativa al art. I-25* (CIG 87/04 ADD 2 REV 2). La Decisión no sería adoptada hasta que el Tratado Constitucional entrara en vigor, pero aún en ese momento y hasta el 1 de noviembre de 2009, el sistema de votación a utilizar será el de Niza. Esta Decisión tendrá un período de aplicación de cinco años (hasta el 2014), correspondiendo al Consejo decidir después (art. 4 de la citada Declaración).

<sup>487</sup> España, Francia, Italia y Portugal sumarán el 35'01% en una Europa de veintisiete estados; si añadimos Grecia el porcentaje subirá al 37'28%.

Estrasburgo y que busca integrar a los ciudadanos en el proyecto europeo, haya aprobado un sistema de voto que, lejos de obedecer a la transparencia pretendida, implicaba “el reparto de poder más complejo y farragoso de la historia de la Unión Europea”<sup>488</sup>. De hecho, el diseño de la mayoría cualificada parecía más una combinación de la suma de distintos intereses nacionales que un modelo que persiguiera el interés general europeo a la hora de tomar las decisiones.

d) La Comisión Europea, su Presidente y la novedosa figura del Ministro de Asuntos Exteriores se regulaban en los arts. I-26 a I-28 TC. Comenzando por la Comisión, sus funciones principales se establecían en el art. I-26.1, manteniendo su tradicional papel como garante del interés general europeo, al tiempo que asumía la representación exterior de la Unión excepto en la PESC y en el resto de supuestos previstos por la Constitución<sup>489</sup>; el segundo apartado mantenía el monopolio de la Comisión respecto a la iniciativa legislativa, elemento que se había configurado como esencial prácticamente desde la fundación de las Comunidades; el apartado tercero establecía un mandato de cinco años, también similar al actual; mientras que el apartado cuarto proporcionaba los criterios base para poder ser comisario: competencia general, compromiso europeo y garantías de independencia.

La composición de la Comisión se recogía en los apartados quinto y sexto, que introducían novedades significativas. Así, el art. I-26.5 establecía una cláusula transitoria por la que la primera Comisión nombrada con arreglo al Tratado Constitucional había de estar compuesta por un nacional de cada Estado miembro, lo que reproducía la situación actual<sup>490</sup>. Por su parte, el art. I-26.6 establecía que la Comisión estaría integrada por un número de miembros correspondientes a los dos tercios de los estados de la Unión, incluyendo a su Presidente y al Ministro de Asuntos

<sup>488</sup> Declaraciones del Primer Ministro de Luxemburgo, Jean-Claude Juncker, *El País*, 19 de junio de 2003, p. 2.

<sup>489</sup> Esto era un elemento más de confusión para el ciudadano europeo, ya que aunque teóricamente parece estar claro cuando nos hallamos en la PESC y cuando se trata de una acción exterior fuera de la PESC, la práctica suele demostrar lo contrario; prueba de ello eran las continuas disfunciones entre el Alto Representante para la PESC y el Comisario Europeo de Relaciones Exteriores. Otras funciones atribuidas a la Comisión en este apartado serían la supervisión de la aplicación del Derecho de la Unión bajo el control del Tribunal de Luxemburgo, ejecutar el Presupuesto, gestionar los programas, así como funciones varias de coordinación, ejecución y gestión.

<sup>490</sup> Teniendo en cuenta que el mandato de la Comisión es por cinco años y que el Tratado Constitucional debía estar en vigor a fines de 2006, la previsión sería que cada Estado tuviera garantizada la presencia de un nacional en esta institución hasta por lo menos el año 2014.

Exteriores, a través de un sistema de rotación igualitaria<sup>491</sup>. Es decir, en una Unión Europea de veintisiete estados como la actual, la Comisión contaría con dieciocho miembros, salvo que el Consejo Europeo por unanimidad acordara otra composición<sup>492</sup>. Finalmente, los dos últimos apartados de este artículo (I-26.7 y I-26.8) mantendrían, respectivamente, el carácter independiente de la Comisión, así como su responsabilidad colegiada ante el Parlamento Europeo<sup>493</sup>.

En relación con el Presidente de la Comisión, el art. I-27.1 disponía que el Consejo Europeo propusiera por mayoría cualificada un candidato teniendo en cuenta el resultado de las elecciones al Parlamento Europeo, siendo esta última institución la que lo elegirá por mayoría de sus miembros<sup>494</sup>. Por lo que se refiere al resto de los miembros de la Comisión (excepción hecha del Ministro de Asuntos Exteriores), el art. I-27.2 disponía que fueran elegidos de común acuerdo por el Presidente electo y el Consejo de entre una terna presentada por los estados miembros conforme a los criterios recogidos en los arts. I-26.4 y I-26.6<sup>495</sup>; del mismo modo, establecía que el Presidente, el Ministro de Asuntos Exteriores, así como los candidatos a ser comisarios, se tendrían que someter colegiadamente al voto de aprobación del Parlamento Europeo<sup>496</sup> para ser después nombrados por mayoría cualificada del Consejo Europeo. Finalmente, el art. I-27.3 reflejaba las prerrogativas del Presidente de la Comisión respecto del resto de

<sup>491</sup> Sistema de rotación que se sustentaría en principios por los que “la diferencia entre el número total de los mandatos que ejerzan nacionales de dos determinados Estados miembros nunca podrá ser superior a uno”, debiendo reflejarse “la diversidad demográfica y geográfica del conjunto de los Estados miembros” (art. I-26.6 TC letras a y b).

<sup>492</sup> El Tratado Constitucional mantenía el criterio establecido en la Convención, que rompía con el modelo de que a cada Estado correspondía un comisario. No obstante, la CIG sí introdujo ciertos cambios, ya que en la Convención el número de miembros se limitaba a 15 y se establecía la figura de unos comisarios delegados (nombrados por el Presidente, sin derecho a voto y que procederían de los estados que se quedaran sin comisarios de pleno derecho) que desaparecieron en el Tratado Constitucional.

<sup>493</sup> El Parlamento Europeo podría censurar a la Comisión conforme al procedimiento previsto en el art. III-340 TC, pero la Comisión carecía de la facultad para disolver al Parlamento; un clásico principio del parlamentarismo continuaba sin tener cabida en la UE, aunque *stricto sensu* la Comisión tampoco era un gobierno.

<sup>494</sup> En caso de rechazo del candidato por parte de la *eurocámara*, el Consejo Europeo propondría otro candidato en el plazo de un mes conforme al mismo procedimiento.

<sup>495</sup> La versión final del Tratado Constitucional matizaba aquí lo dispuesto por la Convención, que utilizaba la expresión “el Presidente electo designará [...]” (art. 26.2 PTC).

<sup>496</sup> En sus propuestas iniciales, la Convención no preveía que el Ministro de Asuntos Exteriores se sometiera a este voto de aprobación, lo que constituía un déficit de democracia por la inexistencia de filtros parlamentarios en el proceso de su designación. Finalmente, el proyecto de la Convención, en base a las propuestas presentadas por sus miembros Barnier, Berger, Brok, y Papandreu, corrigió esta situación.

comisarios<sup>497</sup>, fortaleciéndose su papel con la obligación de todo comisario de presentar su dimisión si se lo solicitaba el Presidente, frente al art. 217.4 TCE que exigía la aprobación previa del colegio de comisarios<sup>498</sup>.

Mención especial merecía la nueva figura del Ministro de Asuntos Exteriores de la Unión recogida en el art. I-28 TC. Su nombramiento se realizaría por mayoría cualificada del Consejo Europeo y con la aprobación del Presidente de la Comisión; sería Presidente del Consejo de Asuntos Exteriores y Vicepresidente de la Comisión<sup>499</sup>; participaría en los trabajos del Consejo Europeo; estaría al frente de la PESC, teniendo la capacidad de formular propuestas relativas a la política exterior común y a la política común de seguridad y defensa; y, como miembro de la Comisión, se encargaría de coordinar los demás aspectos de la acción exterior de la Unión<sup>500</sup>. Además, conforme a lo previsto en el art. III-296.3, estaría asistido por un servicio europeo de acción exterior compuesto tanto por funcionarios del Consejo y de la Comisión, como por miembros de los servicios diplomáticos nacionales.

Recapitulando, el Tratado Constitucional efectuaba reformas profundas en el seno de la Comisión: reducía el número de comisarios para que esta institución fuera más operativa, algo que consideramos positivo, pues la idea de un comisario por Estado en una Unión ampliada podría llegar a paralizar su funcionamiento; de la misma forma considerábamos acertado el énfasis puesto en garantizar a los estados pequeños que

<sup>497</sup> Definir las orientaciones generales de la Comisión, su organización interna o la potestad de nombrar vicepresidentes entre los comisarios.

<sup>498</sup> Situación diferente sería la del Ministro de Asuntos Exteriores, que debería presentar igualmente su dimisión a petición del Presidente, pero conforme al art. I-28, sería necesaria también la mayoría cualificada del Consejo Europeo.

<sup>499</sup> Vid. apartados tercero y cuarto del art. I-28. Para una crítica a este sistema, conocido como del *doble sombrero*, vid. PALACIO, Ana: “La Convención Europea, un gran avance”, *Política Exterior*, vol. XVII, nº 91, enero/febrero, (2003), p. 52, para quien no podía aceptarse que esta fórmula suponga una comunitarización de la PESC por la puerta de atrás ignorando su lógica intergubernamental, apuntando que la doble pertenencia al Consejo y a la Comisión sería muy problemática. Por otro lado, también podía plantearse la posibilidad de que el Ministro de Asuntos Exteriores no se integrara realmente en la Comisión, siendo más miembro del Consejo que de la Comisión.

<sup>500</sup> Sin lugar a dudas, esta figura, concebida en principio para poner fin al dualismo entre *Mister PESC* y el Comisario de Relaciones Exteriores, ha dado un salto cualitativo con los cambios introducidos, que “no han hecho sino reforzar su posición respecto de la del Presidente del Consejo Europeo”, POWELL, Charles: “El gobierno español...”, p. 2. Para nosotros, la unificación que el texto proponía de la acción exterior de la Unión es oportuna y positiva, ya que contribuía a clarificar la dirección de la política exterior de la Unión, tanto en los ámbitos que ya estaban comunitarizados como en los pertenecientes al antiguo segundo pilar; esto no es óbice para mantener ciertas reservas respecto a un procedimiento de elección que era diferente del resto de los miembros de la Comisión y en el que el Presidente de la Comisión tenía un papel limitado al de la mera aprobación de la propuesta del Consejo Europeo.



estarán en pie de igualdad con los grandes a la hora de establecer la rotación para elegir a los comisarios europeos.

Por lo que se refiere al sistema de elección del Presidente de la Comisión, estaba más cercano a la tesis defendida por los gobiernos británico y español<sup>501</sup> que a la propuesta franco-alemana<sup>502</sup>, que tenía un componente de mayor innovación al otorgar al Parlamento Europeo la posibilidad de elegirlo directamente. En todo caso, resultaba adecuado la incorporación del inciso por el que se tendría en consideración el resultado de las elecciones al Parlamento Europeo para proponer al candidato (en la práctica ya se producía una rotación entre los dos grandes partidos políticos europeos, el socialista y el popular que así se institucionalizaba) y el incremento (leve) de la capacidad del Presidente en la elección del resto de los miembros de la Comisión, al poder elegir dentro del novedoso mecanismo que supone la terna propuesta por los estados.

En suma, los poderes de la Comisión y de su Presidente no disminuían e incluso aumentaban levemente; la paradoja era que la Comisión esperaba conseguir más de lo finalmente obtenido y el resto de instituciones (sobre todo el Parlamento Europeo) salían muy fortalecidas, a la par que se creaban nuevas figuras (Ministro de Asuntos Exteriores o Presidente del Consejo Europeo) que podían ejercer un fuerte contrapeso a su actuación.

e) El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se regulaba en el art. I-29 TC. Esta institución fue objeto de cambios importantes por el Tratado de Niza, con lo que las modificaciones efectuadas por el texto constitucional, alteraciones terminológicas aparte, no eran muy importantes. Así, el Tribunal de Justicia tendría una doble faceta de tribunal e institución, incluyendo en este caso el Tribunal de Justicia (antiguo Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas), el Tribunal General (actual Tribunal de Primera Instancia), y los tribunales especializados.

---

<sup>501</sup> El Presidente sería elegido por mayoría cualificada del Consejo Europeo y aprobación del Parlamento Europeo, de forma muy similar a lo dispuesto por el Tratado de Niza, *vid.* PALACIO, Ana: “La Convención...”, p. 57.

<sup>502</sup> Se proponía un mecanismo prácticamente inverso al adoptado: Presidente de la Comisión elegido por el Parlamento Europeo y después aprobado por el Consejo, *vid.* Contribución franco-alemana a la Convención Europea sobre la arquitectura institucional de la Unión, 15 de enero de 2003.

Se mantenía como el garante del respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de la Constitución (algo que ya se decía en el art. 220 TCE respecto de los Tratados); tampoco se introducían cambios respecto a la composición<sup>503</sup>, forma de nombramiento<sup>504</sup> y mandato<sup>505</sup>, pese a que a lo largo de la Convención se habían manejado propuestas alternativas, como el nombramiento por mayoría cualificada del Consejo previo dictamen favorable del Parlamento Europeo o que tuvieran un mandato más largo (incluso doce años no renovables).

El apartado tercero del art. I-29 recogía finalmente las funciones principales del Tribunal, que se ejercitarán de conformidad con lo dispuesto en la Parte III: resolución de recursos presentados por los estados, una institución o personas físicas o jurídicas; su actuación en vía prejudicial a petición de los órganos jurisdiccionales nacionales; y la resolución de los demás supuestos previstos por la Constitución.

La regulación del Tribunal de Justicia se completaba con lo dispuesto en los arts. III-353 a 381 TC que, de forma muy extensa desarrollaban, entre otras cosas, los procedimientos y legitimación necesaria para interponer dichos recursos. El texto fortalece al Tribunal (que *de facto* prácticamente se convertía en un Tribunal Constitucional) al aumentar la legitimación para acudir al mismo por parte de instituciones y personas físicas o jurídicas, así como con la inclusión de la Carta de los Derechos Fundamentales en el propio texto constitucional con fuerza jurídica<sup>506</sup>.

Para finalizar con el Tribunal de Justicia, queremos apuntar dos cuestiones estrechamente relacionadas con su actuación y que eran fuente de controversia: el control de los actos del Consejo Europeo, y la ausencia de jurisdicción del Tribunal de Justicia en determinadas materias.

---

<sup>503</sup> El Tribunal de Justicia tendría un juez por Estado, mientras que el Tribunal General dispondría de, al menos, un juez por Estado, fijando su número el correspondiente Estatuto.

<sup>504</sup> Jueces y Abogados Generales de ambos tribunales principales serán elegidos entre personalidades que ofrezcan plenas garantías de independencia y que reúnan las condiciones requeridas para ejercer en sus respectivos países las más altas funciones jurisdiccionales, o que sean jurisconsultos de reconocida competencia (art. III-355 TC). Por su parte, el nombramiento sería “de común acuerdo por los Gobiernos de los Estados miembros” (art. I-29.2).

<sup>505</sup> El mandato de Jueces y Abogados Generales sería de seis años renovables.

<sup>506</sup> Además, el texto constitucional optó por no hacerse eco de algunas propuestas doctrinales encaminadas a establecer un nuevo tribunal *ad hoc* para resolver los conflictos de competencias entre la Unión y los estados, u órganos específicos (más bien de carácter político) garantes del principio de subsidiariedad que debilitarían el papel del Tribunal de Luxemburgo; sobre ello volveremos en el Capítulo Cuarto.

En primer lugar, el Tratado Constitucional otorgaba al Tribunal de Justicia la capacidad de controlar los actos “del Consejo Europeo destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros” (art. III-365.1 TC) atajándose así la ambigüedad con la que la Convención había tratado este tema<sup>507</sup>. En segundo lugar, no dejaba de ser preocupante que el art. III-376 TC conservara el espíritu del art. 46 TUEa, negando la competencia del Tribunal de Justicia respecto de los arts. I-40 y I-41 TC, relativos respectivamente a la ejecución de la Política Exterior y de Seguridad Común y de la Política Común de Seguridad y Defensa, así como del Capítulo II del Título V de la Parte III (sobre el desarrollo de la PESC) y del art. III-293 (sobre acciones a ejercitar en el ámbito de la PESC)<sup>508</sup>. Por el contrario, podría hacerse una valoración positiva emanada de la eliminación de barreras para controlar actos del antiguo tercer pilar (CPJMP) en relación con el Tratado de la Unión Europea entonces vigente<sup>509</sup>.

f) El Capítulo II del Título IV de la Parte I, bajo la rúbrica de *Otras instituciones y órganos consultivos de la Unión*, recogía, en primer lugar, dos órganos con la categoría de institución, pero separados de las que acabamos de ver para diferenciar el carácter principal y secundario de unos y otros: el Banco Central Europeo (art. I-30, III-382 y III-383 TC) y el Tribunal de Cuentas (art. I-31, III-384 y III-385 TC) que ya tenía

<sup>507</sup> En el sistema anterior al Tratado Constitucional, y pese al reconocimiento del Consejo Europeo que hacía el art. 4 TUEa, el Tribunal de Justicia negaba la posibilidad de impugnar sus actos, alegando que *stricto sensu* no era un órgano de la Comunidad y no se podía encuadrar en el supuesto del art. 230 TCE, *vid.* VON BOGDANDY, Armin - BAST, Jürgen: “El orden competencial vertical de la Unión Europea: contenido y perspectivas de reforma”, en García de Enterría (director), *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, Madrid, Civitas, 2002, pp. 56-57. El art. I-21.1 TC aclara que el Consejo Europeo no ejercerá funciones legislativas, pero continuaba capacitado para adoptar otro tipo de actos con relevancia jurídica. Para nosotros, esos actos serían impugnables, pues este Consejo Europeo ya se configuraba como institución en base al art. I-19.1 TC y el art. III-365.1 TC lo disponía expresamente. No obstante, en el texto salido de la Convención, el art. III-270.1 omitía los actos del Consejo Europeo entre aquéllos susceptibles de recurso cuando realizaba la correspondiente enumeración, lo que tampoco acababa de casar con lo recogido por el cercano art. III-274, relativo a la vía prejudicial, que consideraba competente al Tribunal de Justicia para pronunciarse sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones de la Unión (y la Convención sí otorgaba al Consejo Europeo el rango de institución). De esta forma, aunque técnicamente fuera posible controlar los actos del Consejo Europeo con el texto de la Convención, era aconsejable una mejor redacción, como así hizo la CIG añadiendo el inciso “y del Consejo Europeo” en el art. III-365.1 TC.

<sup>508</sup> El art. III-376 TC preveía una excepción que permitía el control del Tribunal de Justicia conforme a lo dispuesto en el art. III-308 y, sobre todo, “para pronunciarse sobre los recursos interpuestos en las condiciones contempladas en el apartado 4 del artículo III-365 y relativos al control de la legalidad de las decisiones europeas por las que se establezcan medidas restrictivas frente a personas físicas o jurídicas adoptadas por el Consejo en virtud del Capítulo II del Título V”.

<sup>509</sup> No obstante, el art. III-377 TC impedía la actuación del Tribunal cuando se tratara de “comprobar la validez o proporcionalidad de operaciones efectuadas por la policía u otros servicios con funciones coercitivas de un Estado miembro, ni para pronunciarse sobre el ejercicio de responsabilidades que incumben a los Estados miembros respecto del mantenimiento del orden público y de la salvaguardia de la seguridad interior”.

en el sistema actual la consideración de institución<sup>510</sup>. Por su parte, el art. I-32 TC abarcaba los aspectos esenciales del Comité de las Regiones y del Comité Económico y Social, completados en los arts. III-386 a III-392 TC. La configuración de estos organismos se mantenía prácticamente idéntica a la existente en estos momentos, echándose en falta, a nuestro juicio, su elevación al rango de institución, especialmente en el caso del Comité de las Regiones (sobre esta cuestión, volveremos más adelante al hablar de la dimensión regional del texto constitucional).

g) Por último, no podemos dejar de mencionar el Banco Europeo de Inversiones que, aunque omitido en el diseño institucional de la Parte I, se recogía en la Sección 3, Capítulo I, Título VI de la Parte III (arts. III-393 y III-394 TC).

## 5. Título V: Ejercicio de las competencias de la Unión

Bajo la genérica rúbrica *Del ejercicio de las competencias de la Unión*, el Título V abarcaba, en sus tres capítulos, diversas cuestiones de gran trascendencia para el funcionamiento de la Unión. Así, el Capítulo Primero respondía al mandato ya prefijado en Laeken relativo a la “simplificación de los instrumentos de actuación de la Unión”, así como a la jerarquización de los actos jurídicos, cuestiones íntimamente conectadas con el tema competencial, esbozado hace unas páginas y sobre el que volveremos más adelante en esta investigación. El Capítulo Segundo establecía disposiciones particulares para el ámbito de la Política Exterior y de Seguridad Común y el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, mientras que el Capítulo Tercero recogía el diseño de las cooperaciones reforzadas.

Como decíamos, el Capítulo Primero (arts. I-33 a I-39 TC) se ocupaba de la simplificación y jerarquización de los actos jurídicos. El modelo vigente hasta entonces era extremadamente complejo, poco transparente y con carencias democráticas<sup>511</sup>; a esto

<sup>510</sup> En ambos casos se mantienen las líneas nucleares ya previstas por el TCE.

<sup>511</sup> El sistema de actos era de difícil comprensión: en la CE y la CEEA existían reglamentos, directivas, decisiones, recomendaciones y dictámenes; en la antigua CECA encontrábamos decisiones generales, decisiones individuales, recomendaciones generales, recomendaciones individuales y dictámenes; respecto de la PESG había principios y orientaciones generales, estrategias comunes, posiciones comunes, acciones comunes y acuerdos con terceros; en lo que se refiere a la CPJMP teníamos posiciones comunes, decisiones marco, decisiones y convenios complementarios; finalmente, en el propio ámbito comunitario había actos de difícil encuadre, como los acuerdos interinstitucionales, las conclusiones y resoluciones del Consejo Europeo, las resoluciones y conclusiones del Consejo, las declaraciones de los estados que se

habría que añadir que la configuración del sistema competencial comunitario con una naturaleza funcional y no orgánica<sup>512</sup>, sustentado en bases jurídicas con vocación de permanencia<sup>513</sup> y sin una jerarquización de los actos normativos, producía regulaciones excesivamente detalladas. Por ello, el salto cuantitativo y cualitativo en este ámbito era muy importante: de una pluralidad de instrumentos jurídicos se pasaban a seis básicos.

De esta forma, el art. I-33 TC definía los actos jurídicos de la Unión y sus características: ley europea, ley marco europea, reglamento europeo, decisión europea, recomendaciones y dictámenes. De ellos, serían obligatorios la ley europea (equivalente al reglamento y, por tanto, directamente aplicable en cada Estado), la ley marco europea (equivalente a la directiva y, por consiguiente, necesitaría de actos estatales de transposición), el reglamento europeo y la decisión europea (ésta con un contenido más amplio que el fijado en el art. 249 TCE). Por el contrario carecerían de obligatoriedad, como en el sistema vigente, las recomendaciones y los dictámenes.

Pero el texto iba más allá y establecía una auténtica jerarquía normativa<sup>514</sup> sobre la base de los trabajos realizados en la Convención<sup>515</sup>, con tres niveles relativos a la adopción de actos que contribuían a clarificar, racionalizar y democratizar el sistema.

---

incluyen en el Acta del Consejo o las declaraciones de las instituciones, así como los denominados actos atípicos (decisiones del Consejo, decisiones del Consejo y de los representantes de los gobiernos de los estados miembros, decisiones de aplicación, programas marco y programas de acciones, o las resoluciones).

<sup>512</sup> Vid. MANGAS MARTÍN, Araceli - LIÑÁN NOGUERAS, Diego J.: *Instituciones...*, 2010, p. 171. Ambos autores consideraban que no se podía hacer una comparación entre la precisa división de poderes de los estados democráticos y la imposibilidad de identificar una determinada institución y una específica forma de poder que se da en la Comunidad. Si bien este análisis era formalmente correcto, también lo es que la perfecta separación de poderes en el ámbito estatal dista mucho de estar en su mejor momento; sobre esto volveremos cuando analicemos los parámetros de constitucionalidad de la propia *Carta Magna* europea.

<sup>513</sup> Díez-Picazo advierte que una rígida sujeción a las bases jurídicas podía conducir a “una «administrativización» de toda la actividad normativa, incompatible con los márgenes de libre opción política de que debe gozar un legislador democrático”, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Luis María: *Constitucionalismo...*, p. 182.

<sup>514</sup> La *Declaración n° 16* del Tratado de Maastricht ya buscaba introducir la jerarquía normativa en el Derecho Comunitario: “la Conferencia conviene en que la Conferencia Intergubernamental que se convocará en 1996 estudie la medida en que sea posible revisar la clasificación de los actos comunitarios, con vistas a establecer una adecuada jerarquía entre las distintas categorías de normas”. Sin embargo, la cita de Ámsterdam no avanzó en este sentido y sólo produjo la *Declaración n° 39* relativa a la calidad de la redacción de la legislación comunitaria, con un objeto totalmente diferente. De esta forma, la propuesta inicial de 1992 tuvo que esperar más de una década para abrirse paso. Ciertamente es que algunos autores como Díez-Picazo apreciaban en el sistema vigente ciertos rasgos de jerarquía normativa, pero limitada a las relaciones entre el Derecho Comunitario primario y el derivado, y dentro de este último, entre los reglamentos de base y los de desarrollo (arts. 202 y 211 TCE) cuyo procedimiento fue fijado por la Decisión del Consejo 87/373 sobre la comitología, vid. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Luis María: *Constitucionalismo...*, p. 184.

<sup>515</sup> Vid. Informe final del Grupo IX (CONV 424/02), de 29 de noviembre de 2002: “[...] El Grupo propone hacer más clara la jerarquía de las normas comunitarias [...]. El legislador comunitario se encuentra así ante una doble necesidad, la de producir una legislación que tenga garantizada una

Primero, actos legislativos, que en una interpretación contrario sensu del art. I-36 TC, contendrían los elementos esenciales de un ámbito determinado, permitiendo establecer diferentes opciones políticas. De conformidad con el I-34 de la Constitución, serían las leyes europeas y las leyes marco europeas adoptadas por el procedimiento legislativo ordinario (antigua codecisión, prevista en el art. III-396 TC), con la salvedad de los casos particulares sometidos a procedimientos legislativos especiales (arts. I-34.2 y I-34.3 TC).

Segundo, actos delegados, que conforme al art. I-36 TC podrían completar o modificar los elementos no esenciales de la ley o ley marco. Estos dos últimos instrumentos fijarían la posibilidad o no de delegación, así como sus condiciones (derecho de revocación y de formular objeciones por el Parlamento Europeo y el Consejo de Ministros), objetivos, contenido, alcance y duración. Al tiempo, el acto apropiado para desarrollar estos elementos no esenciales sería el reglamento delegado, quedando su elaboración en manos de la Comisión.

Tercero, actos de ejecución, recogidos en el art. I-37 TC, por medio de los que se ejecutarían los actos legislativos o los actos delegados. No obstante, el art. I-37.1 mantenía la regla general de ejecución de la normativa comunitaria por parte de los estados (art. 10 TCE), salvo que se requirieran condiciones uniformes de ejecución que atribuirían competencias en este ámbito a la Comisión y, excepcionalmente, al Consejo respecto de la ejecución de la PESG (art. I-37.2 en relación con el art. I-40). Los actos ejecutivos de la UE serían el reglamento europeo de ejecución (distinto del anterior reglamento delegado) y la decisión europea de ejecución (ambos en el art. I-37.4 TC).

Finalmente, el art. I-38 TC preveía dos importantes cláusulas. En su primer apartado disponía una vía residual por la que si la Constitución no refleja expresamente cuál era el tipo de acto a adoptar, éste se determinaría en base al principio de proporcionalidad del art. I-11. El apartado segundo consagraba, por su parte, la obligación de motivación (importante también a efectos de subsidiariedad y

---

legitimidad democrática incuestionable, cosa que sólo garantizan los procedimientos legislativos, y la de responder de manera rápida y eficaz a los retos y exigencias de la realidad y conservar así una cierta flexibilidad”, p. 8.

transparencia) de las leyes, leyes marco, reglamentos y decisiones europeas, trasladando lo ya reflejado en el art. 253 TCE.

Así pues, la simplificación y jerarquización de los instrumentos normativos implicaba un avance notable, tanto en claridad y transparencia como en su democratización. Con todo, el sistema padecía del mismo problema que ya comentamos respecto de la desaparición de la estructura de pilares: se establecían disposiciones particulares respecto de la ejecución de la Política Exterior y de Seguridad Común (art. I-40 TC)<sup>516</sup> y de la Política Común de Seguridad y Defensa (art. I-41 TC), así como para la realización del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (art. I-42 TC).

Además, otra cuestión problemática se podría encontrar en la forma en que se llevaran a cabo las delegaciones. Los actos delegados, a pesar de todos los mecanismos que se dispongan para ser controlados, podían acabar convirtiéndose en núcleo y procedimiento general de adopción de la normativa comunitaria, con lo que el pretendido afán democratizador se vería disminuido. Y ello porque, desde nuestra óptica, uno de los problemas que más preocupaban a la ciudadanía no era que Bruselas regulara, sino que lo regulara todo, hasta los últimos detalles; pues bien, en nuestra opinión el nuevo sistema no modificaba de modo sustancial este aspecto, ya que no apostaba claramente por la utilización de la ley marco e, incluso, cuando se emplease este instrumento normativo seguiría dejando escaso margen de maniobra para los legisladores nacionales o regionales.

En lo que se refiere a la simplificación del procedimiento decisorio, conviene recordar que existían una treintena de procedimientos<sup>517</sup> a partir de los diferentes tipos de votación en el Consejo y el distinto grado de participación del Parlamento Europeo, lo que producía “una cierta sensación de caos interno”<sup>518</sup>. Ante esta situación, el Tratado

---

<sup>516</sup> Particularmente significativo resultaba el art. I-40, que consideraba en su apartado sexto que la regla general de adopción de decisiones en este ámbito sería la unanimidad, al tiempo que excluía de la PESC las leyes y las leyes marco; además, otorgaba la competencia para adoptar decisiones en esta materia al Consejo Europeo y al Consejo (art. I-40.3 TC), reduciendo el papel del Parlamento Europeo al de mera consulta (art. I-40.8 TC). De esta forma las esperanzadoras perspectivas que podían tenerse al leer el art. I-16 TC (apoyo sin reservas de los estados a la PESC, con lealtad y solidaridad mutua) quedaban en parte defraudadas.

<sup>517</sup> Informe final del Grupo IX sobre simplificación (CONV 424/02) de 29 de noviembre de 2002.

<sup>518</sup> Martín y Pérez de Nanclares contabilizaba hasta una decena de variantes: “unanimidad del Consejo sin participación del PE (Parlamento Europeo), unanimidad del Consejo con dictamen consultivo del PE, unanimidad del Consejo con dictamen conforme del PE, unanimidad del Consejo en un procedimiento de

Constitucional no pretendía tanto eliminar procedimientos, como generalizar la codecisión como supuesto legislativo general. De esta forma, el art. I-34.1 establecía una correspondencia entre los actos legislativos (leyes y leyes marco) y la codecisión, configurada ahora como procedimiento ordinario conforme a la regulación del art. III-396 TC. De acuerdo con ello, todo acto legislativo habría de ser adoptado conjuntamente por el Parlamento Europeo y el Consejo de Ministros a través de la codecisión, y en ésta, el Consejo de Ministros decidiría, como regla general, por mayoría cualificada.

El problema fundamental se encontraría, una vez más, en lo dispuesto en los arts. I-34.2 y I-34.3, ya que, al igual que comentamos respecto de la simplificación de los instrumentos normativos, se admitía la existencia de casos particulares en los que esos actos legislativos se adoptarían conforme a procedimientos especiales distintos a la codecisión, con lo que se rompía la correspondencia y el sistema quedaba en parte desvirtuado<sup>519</sup>. Cuestión distinta era que la codecisión (cuyo procedimiento reproducía en esencia el art. 251 TCE) continuaba siendo un mecanismo complejo y reñido con la transparencia; pero teniendo en cuenta la propia complejidad de la Unión y la necesidad de mantener el equilibrio institucional (en este caso, salvaguardar las posiciones respectivas del Consejo y del Parlamento) se hacía difícil establecer otro procedimiento legislativo más sencillo que reuniera, a su vez, los estándares democráticos exigibles.

El Capítulo Segundo del Título V (arts. I-40 a I-43 TC) recogía un heterogéneo grupo de cláusulas particulares relativas a la Política Exterior y de Seguridad Común, la Política Común de Seguridad y Defensa, y el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia;

---

codecisión con el PE, mayoría cualificada del Consejo en un procedimiento de codecisión con el PE, mayoría cualificada del Consejo en cooperación con el PE, mayoría cualificada del Consejo con dictamen favorable del PE, mayoría cualificada con dictamen consultivo del PE e incluso mayoría cualificada sin intervención del PE”, MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José: “La delimitación de competencias entre la Unión Europea y los Estados miembros: sobre el difícil equilibrio entre la flexibilidad, la eficacia y la transparencia”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 12, (2002), p. 361.

<sup>519</sup> Un ejemplo de ello sería el art. III-275.3 TC referido a la cooperación policial (que formaría parte del aparentemente comunitarizado Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia): “Una ley o ley marco europea del Consejo podrá establecer medidas relativas a la cooperación operativa entre las autoridades a que se refiere el presente artículo. El Consejo se pronunciará por unanimidad, previa consulta al Parlamento Europeo”. De todas formas, debemos reconocer que los ámbitos sujetos a codecisión fueron aumentados significativamente en el texto constitucional (Giscard, en su Informe Oral al Consejo Europeo de Salónica, cuantificaba que de treinta y siete ámbitos que estaban regidos por la codecisión, se pasaría aproximadamente a ochenta) y las excepciones a la regla general se circunscribían, como casi siempre, a la Política Exterior, de Defensa o algunos aspectos de la Cooperación Policial y Judicial.



además, el art. I-43 mencionaba explícitamente una novedosa cláusula de solidaridad en la Unión Europea.

Como decíamos, el art. I-40 comprendía los aspectos nucleares de la Política Exterior y de Seguridad Común. Esta disposición, aunque suponía un salto cualitativo sustantivo al referirse a una “política exterior y de seguridad común basada en el desarrollo de la solidaridad política mutua de los Estados miembros”, mantenía la unanimidad como la regla general de adopción de decisiones excepto en los casos expresamente previstos en la Parte III, excluyéndose también la utilización de las leyes y leyes marco<sup>520</sup>. Quedaba confirmada, por tanto, la naturaleza intergubernamental de la PESC a pesar de que formalmente haya desaparecido la estructura de pilares que tenía la Unión Europea. Además, las líneas estratégicas de la PESC serían establecidas por el Consejo Europeo conforme a lo dispuesto en la Parte III, mientras que la ejecución de la misma correspondería al Ministro de Asuntos Exteriores de la Unión y a los estados miembros.

El art. I-41, referido a la Política Común de Seguridad y Defensa, integraba este ámbito dentro de la PESC manteniendo la unanimidad en la adopción de decisiones. Esta Política Común de Seguridad y Defensa incluiría la definición progresiva de una política común de defensa de la Unión, estableciéndose explícitamente su compatibilidad con las obligaciones derivadas de la pertenencia de algunos estados a la OTAN<sup>521</sup>. Paralelamente, actualizaba las misiones de Petersberg permitiendo operaciones civiles y militares para “la prevención de conflictos”<sup>522</sup>; creaba una Agencia Europea de Defensa<sup>523</sup>; permitía la opción de encomendar únicamente a un

---

<sup>520</sup> Vid. art. I-40.6 TC; bien es cierto que el apartado siguiente (I-40.7) incorporaba una *pasarela* que permitiría que el Consejo Europeo se pronunciara por mayoría cualificada en casos distintos de los contemplados en la Parte III. El carácter intergubernamental se confirmaba con el papel asignado al Parlamento Europeo en este campo, prácticamente de mera consulta.

<sup>521</sup> Vid. art. I-41.2 TC.

<sup>522</sup> Art. I-41.1. Sin duda éste era un inciso polémico habida cuenta de lo ocurrido en la guerra de Irak; la redacción del art. 17.2 TUEa no hacía ninguna referencia a este tipo de intervención: misiones humanitarias y de rescate, misiones de mantenimiento de la paz y misiones en las que intervengan fuerzas de combate para la gestión de crisis, incluidas las misiones de restablecimiento de la paz. Del mismo modo, el art. III-309 TC introducía el importante inciso de que “todas estas misiones podrán contribuir a la lucha contra el terrorismo, entre otras cosas mediante el apoyo prestado a terceros países para combatirlo en su territorio”.

<sup>523</sup> Vid. art. I-41.3 TC. En el texto emanado de la Convención había recibido el nombre de Agencia de Armamento, Investigación y Capacidades Militares. La Agencia Europea de Defensa se concibió como una cláusula de vigencia anticipada, siendo establecida por una Acción Común de 12 de julio de 2004; es decir, ya estaba creada meses antes de la rúbrica del Tratado Constitucional.

grupo de estados la realización de dichas misiones<sup>524</sup>; y establecía la posibilidad de una cooperación estructurada permanente entre aquellos “Estados miembros que cumplan criterios más elevados de capacidades militares y que hayan suscrito compromisos más vinculantes en la materia para realizar las misiones más exigentes”<sup>525</sup>.

Finalmente, en el apartado séptimo se incluía una novedosa cláusula de asistencia mutua, de modo que si un Estado miembro sufría “una agresión armada en su territorio, los demás Estados miembros le deberán ayuda y asistencia con todos los medios a su alcance, de conformidad con el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas”, si bien en aras del consenso, el Tratado Constitucional incorporaba una doble modulación: dicha cláusula se entendía sin perjuicio del carácter específico de la política de seguridad y defensa de determinados estados miembros, lo que les permitiría responder con medios militares o civiles; y este precepto sería plenamente compatible con los compromisos adquiridos por aquellos estados que fueran miembros de la OTAN<sup>526</sup>.

El art. I-42 TC establecía las bases generales del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia: aproximación de las normativas nacionales a través de la adopción de leyes y leyes marco europeas; reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales y extrajudiciales; y cooperación operativa para la prevención y detección de infracciones penales. Sobre el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, especialmente en el ámbito de la Cooperación Policial y Judicial en Materia Penal, volveremos cuando analicemos la Parte III del Tratado Constitucional.

Por su parte, el art. I-43 TC recogía una cláusula de solidaridad con una estructura similar a la de asistencia mutua anteriormente vista pero encaminada principalmente a la lucha contra el terrorismo, aunque también prevista ante catástrofes

<sup>524</sup> Vid. art. I-41.5 en relación con el art. III-310 TC. Los parámetros para que se hiciera efectiva dicha participación serían que tuviera carácter voluntario y que los estados dispuestos a hacerla tuvieran las capacidades necesarias.

<sup>525</sup> Vid. art. I-41.6 TC. La cuestión de la “cooperación estructurada” estaba directamente relacionada con las reticencias de ciertos estados, como el Reino Unido, a avanzar de forma más decidida en la Política Común de Seguridad y Defensa, mientras otros, como Francia y Alemania, eran proclives a una mayor integración, proponiendo incluso una Unión Europea de Seguridad y Defensa, *vid. Declaración de Bruselas tras la reunión de Jefes de Estado y de Gobierno de Alemania, Francia, Luxemburgo y Bélgica sobre la defensa europea*, 29 de abril de 2003.

<sup>526</sup> Incisos que tenían un carácter reiterativo, puesto que el apartado segundo del mismo art. I-41 TC ya incorporaba una previsión similar.

naturales o de origen humano. Sin duda, el clima derivado de los atentados de Nueva York, Washington, Madrid o Londres, estuvo muy presente a la hora de redactar esta disposición, lo que también explicaría su aplicación, para el caso de terrorismo, de forma anticipada a la propia entrada en vigor (que finalmente no se produciría) del Tratado Constitucional.

El Capítulo Tercero de este Título V regularía en su único artículo las cooperaciones reforzadas (art. I-44 TC), cuya regulación sería completada, respecto al procedimiento y funcionamiento, por los arts. III-416 a III-423 TC. No se introducían aquí demasiados cambios, pues el salto cualitativo ya se había dado en Niza con la institucionalización de la posibilidad de establecer cooperaciones reforzadas en la PESC, si bien el Tratado nicense limitaba su utilización en este ámbito a la aplicación de una acción o posición común, disponiendo expresamente que “no podrán referirse a cuestiones que tengan repercusiones militares o repercusiones en el ámbito de la defensa”<sup>527</sup>. Sin embargo, de lo dispuesto en el Tratado Constitucional se infería que esta cooperación podía extenderse a cualquier acción comprendida por la PESC<sup>528</sup>, ya sea por la vía del art. I-41 (cooperación estructurada permanente) o del art. I-44 TC, lo que llevaba a concluir que, desde un punto de vista material, la principal novedad aportada por el Tratado Constitucional respecto a las cooperaciones reforzadas sería la inclusión de las cuestiones vinculadas con la defensa<sup>529</sup>. Ahora bien, no sería posible que las *pasarelas* previstas en el art. III-422 TC que permitían, por unanimidad del Consejo, el paso de la unanimidad a la mayoría cualificada y de un procedimiento legislativo especial al ordinario, se utilizasen en relación con “las decisiones que tengan repercusiones militares o en el ámbito de la defensa” (art. III-422.3 TC).

Del mismo modo “tampoco se producen novedades sustanciales en relación con los regímenes jurídicos específicos, como los establecidos en el marco de la unión monetaria o en relación con el acervo de Schengen”<sup>530</sup>. Se mantenía también la tendencia a rebajar el número mínimo de participantes que Niza ya había previsto para

---

<sup>527</sup> Art. 27 B TUE (versión consolidada del Tratado de Niza).

<sup>528</sup> *Vid.* art. 41.6 TC.

<sup>529</sup> *Vid.* HINOJOSA MARTÍNEZ, Luis Miguel: *El reparto de competencias entre la Unión Europea y sus Estados Miembros*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 321.

<sup>530</sup> *Ibidem*, pp. 314-315.

adaptar estas cooperaciones a la ampliación<sup>531</sup>. Además, su empleo se seguía configurando explícitamente como un “último recurso” (art. I-44.2 TC) y los actos adoptados sólo vincularían a los estados que participaran en ella, no considerándose acervo para los países candidatos (art. I-44.4 TC). Desde la óptica procedimental, la aportación más relevante en este ámbito estaba en la definición de la mayoría cualificada, efectuada conforme a los nuevos criterios establecidos por el Tratado Constitucional, así como el reforzamiento de los papeles de la Comisión y del Parlamento Europeo en lo relativo a la autorización de la cooperación reforzada; no obstante, se conservaban mecanismos específicos para las cooperaciones reforzadas relativas a la PESC, como la necesidad de autorización unánime del Consejo o un escaso papel del Parlamento, a diferencia de lo que se disponía para el supuesto ordinario<sup>532</sup>.

## 6. Título VI: La vida democrática de la Unión

Bajo esta rúbrica se incluían una variada gama de disposiciones, de carácter heterogéneo y que contribuían a mejorar los pilares democráticos y el imperio del Derecho sobre el que se asentaría el Tratado Constitucional.

Respecto de la democracia, transparencia y eficacia de la Unión, el texto recogía algunas de las disposiciones ya incluidas en el Título V de la Carta de los Derechos Fundamentales (*Ciudadanía*). Así, se mantenían figuras ya existentes, como el Defensor del Pueblo (arts. I-49 y II-103); se mejoraban otras, como los aspectos relativos al acceso a la documentación de la Unión<sup>533</sup>; se establecía la posibilidad de la iniciativa legislativa popular en el art. I-47.4<sup>534</sup>; y se confería carácter público a las sesiones del Parlamento o del Consejo en que se examinara o adoptara una propuesta legislativa, de acuerdo con lo previsto en el art. I-50.2. Del mismo modo, existía mayor transparencia,

<sup>531</sup> El art. I-44.2 TC preveía al menos un tercio de estados; Niza, en el art. 43 TUE, fijaba el número mínimo en ocho estados; sin embargo, el Tratado de Ámsterdam exigía una mayoría de miembros.

<sup>532</sup> De esta forma, mientras el art. III-419 TC preveía en su apartado primero la aprobación del Parlamento Europeo, en el apartado segundo (ámbito PESC) disponía que “se transmitirá asimismo al Parlamento Europeo a título informativo”.

<sup>533</sup> *Vid.* art. I-50.3 TC, que recogía el sentido amplio previsto en el art. 42 CDF, facilitando el acceso a los documentos de las instituciones, órganos y organismos de la Unión. El art. 255 TCE preveía un acceso más limitado: sólo documentos del Parlamento Europeo, Consejo y Comisión.

<sup>534</sup> Por iniciativa “de al menos un millón de ciudadanos de la Unión, que sean nacionales de un número significativo de Estados miembros”. Su formulación, incluida a última hora en el texto final, recordaba a la iniciativa popular del art. 87.3 de la *Carta Magna* española.

combinada con la subsidiariedad, puesto que “las decisiones serán tomadas de la forma más abierta y próxima posible a los ciudadanos” (art. I-46.3)<sup>535</sup>. Finalmente, el art. I-51 del texto daba una protección singular y específica a los datos de carácter personal, mientras que art. I-52 se refería al estatuto de las Iglesias y de las organizaciones no confesionales, consagrando la potestad nacional en este ámbito conforme a lo ya reconocido en la *Declaración n° 11* del Tratado de Ámsterdam.

## 7. Título VII: Finanzas de la Unión

El Título VII recogía los principios presupuestarios y financieros de la Unión (art. I-53 TC) entre los que destacaba el carácter equilibrado que inexcusablemente tendría que cumplir el presupuesto, ligado a los principios de disciplina presupuestaria y buena gestión financiera, lo que era toda una declaración de principios de la constitucionalización del principio de equilibrio presupuestario que la Unión exigiría años más tarde a cada uno de sus estados miembros, como veremos en el Capítulo Tercero. Las disposiciones siguientes abarcaban los recursos de la Unión (art. I-54); el marco financiero plurianual (art. I-55), que exigía la unanimidad del Consejo y la aprobación previa del Parlamento<sup>536</sup>; y la aprobación del presupuesto anual por ley europea del Parlamento Europeo y del Consejo (art. I-56 TC) conforme al procedimiento específico previsto en la Parte III (art. III-404). Este articulado, transpuesto en gran parte de las *Disposiciones Financieras* del TCE (arts. 268-280), presentaba a nuestro juicio dos problemas conexos: excesiva utilización de un procedimiento legislativo distinto del ordinario, y papel disminuido del Parlamento Europeo, ostentando un mero carácter consultivo respecto a la posibilidad de limitar, establecer o suprimir categorías de recursos (art. I-54.3 TC).

## 8. Título VIII: La Unión y su entorno

En la única disposición de este Título (art. I-57) se establecían vías para que la Unión Europea tuviera relaciones especiales con los estados vecinos sobre la base de los valores de la Unión y la cooperación pacífica, que serán desarrolladas conforme a lo

<sup>535</sup> No obstante, como tuvimos ocasión de ver al hablar de la reforma institucional, la mejora simultánea de democracia, transparencia y eficacia no siempre transcurrirá por los mismos caminos.

<sup>536</sup> El art. I-55.4 establecía la posibilidad de que el Consejo Europeo decidiera unánimemente permitir al Consejo que se pronunciara por mayoría cualificada.

dispuesto en el art. III-325 TC<sup>537</sup>. Conviene destacar que estas disposiciones se comenzaron a aplicar con independencia de la ratificación del Tratado Constitucional con el objetivo de fortalecer las relaciones con áreas específicas como el Mediterráneo y los estados de Europa del Este que no se han adherido a la Unión Europea<sup>538</sup>.

## 9. Título IX: La pertenencia a la Unión

En este bloque (arts. I-58 a I-60 TC) se recogerían tres supuestos, de los cuales el tercero era el novedoso. Así, el art. I-58 regulaba los requisitos de pertenencia (ser un Estado europeo que respetara los valores del art. I-2) y el procedimiento de adhesión, que mantenía en líneas generales lo dispuesto hasta entonces en el art. 49 TUE (unanimidad del Consejo, consulta a la Comisión y aprobación previa del Parlamento Europeo, con un acuerdo que habría de ser ratificado posteriormente en todos los estados miembros). El art. I-59 recogía los supuestos, condiciones y procedimiento de suspensión de los derechos de pertenencia a la Unión, agrupando lo dispuesto en los arts. 7 TUEa y 309 TCE<sup>539</sup>.

Por su parte, el art. I-60 hacía expresa la posibilidad de retirada voluntaria de la Unión, posibilidad no contemplada hasta entonces en los Tratados y que la Convención ya había decidido incorporar sobre la base de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados<sup>540</sup> y de algunos ejemplos puntuales resultantes de la singular realidad política de ciertos estados miembros de la Unión<sup>541</sup>.

<sup>537</sup> Se reproduce en parte lo ya establecido en el art. 310 TCE respecto a los acuerdos de asociación.

<sup>538</sup> *Vid.* Instrumento de Vecindad creado por el Reglamento nº 1638/2006.

<sup>539</sup> El art. I-59 TC, siguiendo la pauta marcada por el Tratado de Niza, hacía referencia al “riesgo claro de violación grave”, aunque ésta no se haya producido. Sin duda, todavía estaba presente el precedente de lo ocurrido con la entrada en el gobierno austriaco del extremista partido de Jörg Haider.

<sup>540</sup> *Vid.* CONV 648/03, de 2 de abril; posiblemente, parte de los miembros de la Convención todavía estaban imbuidos por la sentencia del Tribunal Constitucional alemán sobre el Tratado de Maastricht (12 de octubre de 1993) que, entre otras cosas afirmaba la reversibilidad de la pertenencia a la UE “por medio de un acto [...] de sentido contrario” cuando decidieron redactar el entonces art. 59 de la Parte I del proyecto de la Convención.

<sup>541</sup> Esta cláusula puede retrotraernos a uno de los episodios más complejos de las entonces Comunidades Europeas, cuando entre los años 1974 y 1975 el gobierno laborista británico planteó la “renegociación” de la adhesión del Reino Unido, culminada con un *referendum* sobre su permanencia en la Comunidad Europea celebrado el 6 de junio de 1975 y que confirmó la presencia del Reino Unido con un 67,2% de los votos, *vid.* TRUYOL Y SERRA, Antonio: *La integración...*, pp. 112-116. Un caso similar podría encontrarse respecto de la secesión de Groenlandia en 1982 después de un *referendum* a tal efecto; no obstante “Groenlandia no era más que un territorio autónomo de un Estado miembro, Dinamarca, y simplemente se acordó que se dejaran de aplicar los Tratados comunitarios a parte de un territorio de un Estado miembro”, lo que culminaría con la adopción de un Tratado sobre Groenlandia, ALDECOA

El precepto establecía la retirada como una decisión voluntaria y unilateral del Estado miembro<sup>542</sup>, estableciéndose un procedimiento para negociar entre el Estado y las instituciones de la Unión la forma de la retirada y el marco de relaciones futuras a través de un acuerdo adoptado por el Consejo por mayoría cualificada reforzada (al menos un 72% de estados que reúnan como mínimo el 65% de la población) previa aprobación del Parlamento Europeo. Además, como consecuencia de ello, el Tratado Constitucional dejaría de aplicarse al Estado secesionista a partir de la entrada en vigor del acuerdo de retirada o a los dos años de la notificación de su intención de retirada (lo que reforzaba el carácter unilateral de esta disposición), salvo que por consenso entre ambas partes se decidiera prorrogar dicho plazo. Como parece lógico, a los efectos anteriores, el representante del Estado que deseaba retirarse no participaría en las deliberaciones ni en las decisiones del Consejo Europeo o del Consejo que le afectaran.

Lo cierto es que, tanto en seno de la Convención como en la doctrina no hubo una posición uniforme respecto a la inclusión de este precepto<sup>543</sup> y, si bien resultaba interesante desde el punto de vista de la lucha de los estados por mantener parcelas de soberanía, no acababa de casar con el carácter constitucional del texto. La posible celebración de un *referendum* en Escocia sobre su salida del Reino Unido, cuyo debate se está produciendo en la actualidad, podría poner de actualidad nuevamente este precepto.

### C. La Parte II: La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

Ya nos hemos referido a la importancia de la CDF como referente a la hora de elaborar la Constitución, tanto por lo que su contenido implicaba a la hora de fortalecer el proceso constitucionalizador como por el novedoso método convencional seguido en su

---

LUZÁRRAGA, Francisco - GUINEA LLORENTE, Mercedes: *La Europa que viene: El Tratado de Lisboa*, Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 125.

<sup>542</sup> El apartado primero disponía que “todo Estado miembro podrá decidir, de conformidad con sus normas constitucionales, retirarse de la Unión”; el apartado segundo recogía que “notificará su intención al Consejo Europeo”.

<sup>543</sup> De hecho, algunos miembros de la Convención, como la francesa Pervenche Bères exponían que “cuando en la Unión se hablaba de un salto cualitativo a una Constitución se organiza la secesión”, lo que era secundado por Jean-Victor Louis que consideraba la posibilidad de retirada contraria al “acervo constitucional europeo”; en sentido contrario, otros autores como Lenaerts y Van Nuffel se mostraban favorables a este precepto al argumentar que reforzaba el carácter democrático de la Unión a través de lo que sería una elección continua; *vid.* estos posicionamientos en ALDECOA LUZÁRRAGA, Francisco - GUINEA LLORENTE, Mercedes: *La Europa que viene...*, p. 125.

redacción. No es, por tanto, objeto de nuestro trabajo analizar el contenido de la Carta de los Derechos Fundamentales, algo que por sí solo ocuparía una monografía<sup>544</sup>. Lo que pretendemos es recalcar algunas cuestiones básicas, algunas de las cuales ya han sido comentadas en su momento.

La CDF se integraba en la Constitución conforme al art. I-9.1 TC por el que “la Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales que constituye la Parte II”, lo que vino a confirmar el consenso prácticamente general, existente desde el mismo comienzo de la Convención que elaboró el proyecto constitucional, para dotar a la CDF de carácter jurídico vinculante<sup>545</sup>. Del mismo modo, tanto el Grupo de Trabajo relativo a la Carta y el Pleno de la Convención, como la propia Conferencia Intergubernamental, apostaron por mantener el texto de la CDF proclamado en Niza sin introducir modificaciones<sup>546</sup>.

La principal novedad salida de la CIG de 2004 fue incluida, nuevamente, a petición británica. Si en el año 2000 impidió que la Carta tuviera carácter jurídico, en el 2004, sabiendo que mantener esa posición era prácticamente imposible ante la falta de apoyos, optó por impulsar la introducción de mayores garantías para los estados en las

<sup>544</sup> Para examinar el encaje de la Carta de los Derechos Fundamentales en el marco constitucional europeo, *vid.* PERNICE, Ingolf: “The Charter of Fundamental Rights in the Constitution of the EU”, Walter Hallstein Institut-Paper, nº 14, (2002); o MAYER, Franz C.: “La Charte Européenne des droits fondamentaux et la Constitution Européenne”, Walter Hallstein Institut-Paper, nº 11, (2003); resulta también interesante el análisis realizado por NÚÑEZ POBLETE, Manuel: *Unidad y diversidad, derechos fundamentales y pluralismo jurídico en el modelo constitucional europeo*, Santiago de Compostela, Universidade de Santiago de Compostela, 2005 (tesis doctoral).

<sup>545</sup> *Vid.* Informe final del Grupo de Trabajo II de la Convención Europea (Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea), presentado el 22 de octubre de 2002 (CONV 354/02). No obstante, su inclusión como parte independiente en el conjunto del proyecto no se decidió hasta la fase final de los trabajos, con la presentación del primer borrador completo el 24 de mayo. Caso distinto serían las disonancias que pudieran existir entre la CDF y el CEDH de Roma, al que la Unión, conforme al art. I-9.2 se adheriría, *vid.* SHAW, Jo: “The Draft Treaty...”, p. 8. Esta problemática, sumamente compleja, excede con creces el objeto de la presente tesis doctoral.

<sup>546</sup> Sí se produjeron adaptaciones técnicas de carácter terminológico, que pueden verse en el documento CONV 726/03, de 26 de mayo: los términos “Comunidad”, “Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea” y “Tratado de la Unión Europea” fueron sustituidos por “Unión” y por “Constitución”; los siete “Capítulos” de la Carta se denominaban como “Títulos” de la Parte II de la Constitución; el encabezamiento del Título VII se ampliaba y quedaba redactado, tras otro leve retoque de la CIG, como “disposiciones generales que rigen la interpretación y la aplicación de la Carta”; y en los casos en que el texto de la Carta se refería a las “instituciones y órganos de la Unión” se utilizaba la nueva fórmula “instituciones, órganos y organismos”.



denominadas cláusulas horizontales (arts. 51 y 52 CDF; II-111 y II-112 TC) con el objeto de dejar claro que la CDF no ampliaba las competencias de la Unión<sup>547</sup>.

En un sentido similar se explicaba el inciso incluido a petición británica, en el párrafo quinto del Preámbulo de la Carta: “en este contexto, [de respecto de los derechos conforme a las tradiciones constitucionales y los convenios internacionales] los órganos jurisdiccionales de la Unión y de los Estados miembros interpretarán la Carta atendiendo debidamente a las explicaciones elaboradas bajo la autoridad del *Praesidium* de la Convención que redactó la Carta y actualizadas bajo la responsabilidad del *Praesidium* de la Convención Europea”<sup>548</sup>. Y ello porque “la importancia que el Reino Unido otorga a las explicaciones tiene relación directa con el Título de la Solidaridad, ya que se hace una distinción nítida de cuáles son los derechos a salvaguardar y cuales meros principios que han de guiar la actuación de las instituciones afectadas”<sup>549</sup>.

En suma, la constitucionalización de la CDF tenía un significado constitucional evidente, en la medida que servía de límite al poder público y legitimaba la Unión, siendo, a juicio de la doctrina, uno de los elementos decisivos para atribuir al Tratado Constitucional carácter de Constitución<sup>550</sup>.

#### D. La Parte III: Las políticas y el funcionamiento de la Unión

Este bloque abarcaba el núcleo de los Tratados vigentes, en especial el grueso del Tratado de la Comunidad Europea, pero también algunos ámbitos que hasta ese momento se regulaban en el Tratado de la Unión Europea, como la Política Exterior y de Seguridad Común.

---

<sup>547</sup> Realmente estas garantías de no alteración del orden competencial ya estaban presentes en el texto inicial de la CDF, que preveía su aplicación al Derecho Comunitario (y no al nacional) e incluía una explícita mención al respeto del principio de subsidiariedad.

<sup>548</sup> Se retocaba levemente lo dispuesto en el texto salido de la Convención Europea, que sólo hacía referencia al *Praesidium* que elaboró la CDF; en relación con esto, el art. II-112.7 disponía que “las explicaciones elaboradas para guiar en la interpretación de la Carta de los Derechos Fundamentales serán tenidas debidamente en cuenta por los órganos jurisdiccionales de la Unión y de los Estados miembros”. En idéntico sentido, la CIG incorporó al Acta Final una *Declaración relativa a las explicaciones de la Carta de los Derechos Fundamentales* (CIG 87/04 ADD 2 REV 2).

<sup>549</sup> ALDECOA LUZÁRRAGA, Francisco - GUINEA LLORENTE, Mercedes: *La Europa que viene...*, p. 158.

<sup>550</sup> *Vid.* QUERMONE, Jean-Luis: “Le traité constitutionnel européen, est-il un acte refondateur?”, *Politique Étrangère*, n° 2, (2005), p. 245.

En sentido general, podría decirse que la Parte III contenía las políticas y bases jurídicas de la Unión, al tiempo que concretaba y desarrollaba la arquitectura institucional prevista en la Parte I. Por ello la CIG mantuvo prácticamente intacto el texto salido de la Convención, incorporando escasas modificaciones fundamentalmente de carácter técnico-sectorial<sup>551</sup>.

Esta Parte III se estructuraba en siete títulos, de un modo no tan diferente a lo previsto en el entonces vigente TCE. El Título I recogería las disposiciones generales que se aplicarían al conjunto de la Parte III, destacando que dichas políticas y acciones deberían tener en cuenta los objetivos de la Unión y el principio de atribución de competencias, al tiempo que prevé la lucha activa de la Unión frente a cualquier tipo de discriminación. El Título II se refería a los principios de no discriminación y ciudadanía, desarrollando las previsiones esbozadas en el art. I-10 TC. El prolijo Título III contenía las políticas y acciones internas, subdividiéndose en cinco capítulos que desarrollarían las políticas más relevantes: el mercado interior, la política económica y monetaria, las políticas en otros ámbitos, el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia sobre el que en breve nos detendremos, y aquellos ámbitos en los que la Unión podía realizar una acción de apoyo, coordinación o complemento (ámbito sobre el que volveremos en el Capítulo Cuarto de esta tesis doctoral). El Título IV se refería a la asociación de los países y territorios de ultramar, estableciendo regímenes especiales para territorios vinculados con alguno de los estados miembros de la Unión. El Título V

<sup>551</sup> En algunos casos los retoques tenían calado político, con la introducción o fortalecimiento (por petición británica) de las cláusulas denominadas como freno de emergencia, en ámbitos como la “[...] cooperación penal, política exterior, fiscalidad, seguridad social, fiscalía europea, defensa y fondos regionales [...]”, ALGUACIL GONZÁLEZ-AURIOLES, Jorge: *La elaboración...*, pp. 87-89. Un esquema de los cambios introducidos por la CIG en los asuntos no institucionales puede verse en CIG 85/04. En concreto, de los relativos a la Parte III serían los arts. 167.2, 167.3 y 220 TC (antiguos arts. 56.2, 56.3 y 116 PTC) sobre cohesión económica y social, incluyendo dos Declaraciones anexas al Acta Final (la *relativa a la letra c) del apartado 2 del art. III-167*, y la *relativa al art. III-220*); el art. 184.6 TC (art. 76.6 PTC) sobre acciones relativas a los déficits excesivos (en relación con ello, los estados también harían la *Declaración relativa al artículo III-184*, sobre el Pacto de Estabilidad y Crecimiento); los arts. 194, 197.2, 197.4 y 198.2 TC (arts. 88, 91.2 y 91.4, 92.2 PTC) en relación con las disposiciones específicas para los estados miembros cuya moneda es el euro; los arts. 236.3 y 243 TC (arts. 134.3 y 141 PTC) sobre transporte, anexándose otra Declaración al Acta Final de la CIG en relación con el segundo artículo; el art. 256 TC (art. 157 PTC) sobre energía, con una Declaración al Acta Final sobre este precepto; el art. 273 TC (art. 174.2 PTC) sobre Eurojust (incluyendo la *Declaración relativa al segundo párrafo del apartado 1 del artículo III-273*, sobre el respeto que las leyes europeas habían de tener por las normas y prácticas nacionales relativas a la iniciación de las investigaciones penales); y los arts. 418.1, 419.2, 420.2 y 422.3 TC (antiguos arts. 324.1, 325.2, 326.2 y 328 PTC) relativos a las cooperaciones reforzadas (en los que se explicitaba la necesidad de unanimidad del Consejo para su autorización y se excluía la posibilidad de utilizar las pasarelas que permitían recurrir a la mayoría cualificada o al procedimiento legislativo ordinario, cuando las decisiones tuvieran implicaciones militares o de defensa), incluyendo una nueva Declaración anexa al Acta Final, la *relativa al artículo III-419*.

acogía el conjunto de la acción exterior de la Unión, lo que como veremos, constituía la mayor novedad en cuanto a la estructura dentro de esta Parte III al agrupar preceptos hasta entonces dispersos en los Tratados. El Título VI abarcaba, respectivamente, tres capítulos relativos a las disposiciones institucionales, financieras y a las cooperaciones reforzadas, ámbitos sobre los que nos hemos detenido indirectamente al estudiar la Parte I del Tratado Constitucional. Finalmente, el Título VII recogía las disposiciones comunes, englobando un *totum revolutum* que iría desde disposiciones relativas a la singularidad de algunos territorios hasta el estatuto de los funcionarios de la Unión y los mecanismos de obtención de información por parte de la misma.

No obstante, lo que interesa destacar ahora, prescindiendo de un análisis exhaustivo que excede nuestro objeto de estudio, es la situación en que quedaban los antiguos pilares intergubernamentales del Tratado de la Unión Europea una vez que éstos, desaparecían formalmente: a) la Cooperación Policial y Judicial en Materia Penal (antiguo tercer pilar) y, b) la Política Exterior y de Seguridad Común (antiguo segundo pilar).

a) La Cooperación Policial y Judicial en Materia Penal formaría parte del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia consagrado en el Capítulo IV del Título III. Antes del Tratado Constitucional, como es bien sabido, este ámbito se hallaba en parte comunitarizado<sup>552</sup> y en parte, seguía siendo intergubernamental (la referida CPJMP). Pues bien, los avances en este ámbito serían notables: adopción de normativa que establezca criterios comunes para definir delitos y penas mínimas en casos de terrorismo, tráfico de seres humanos y drogas, blanqueo de dinero y corrupción; elaboración de una ley europea de congelación de fondos y bienes de organizaciones terroristas y creación de un Comité Permanente de Seguridad Interior para el control de las fronteras exteriores de la UE<sup>553</sup>.

Con todo, lo más interesante sería la creciente comunitarización de la CPJMP, aumentando la toma de decisiones por mayoría cualificada y su control por el Tribunal

---

<sup>552</sup> El Tratado de Ámsterdam había comunitarizado materias como el cruce de fronteras exteriores, asilo o inmigración, añadiéndose al Título IV de la Tercera Parte del TCE.

<sup>553</sup> *Vid.* POWELL, Charles: “El gobierno español...”, p. 3.

de Justicia<sup>554</sup>, llegando a incorporarse a la categorización competencial prevista en el art. I-14.2 j), dentro del ámbito de las competencias compartidas.

En este sentido, el texto constitucional integraba la cooperación judicial en materia penal en la Sección 4, y la cooperación policial en la Sección 5 de este Capítulo IV, propiciando avances significativos en aras de la comunitarización de ambas materias: junto a la ya comentada eliminación de barreras para controlar sus actos por parte del Tribunal de Justicia (art. III-376 TC), los artículos III-270.2 y III-271 suponían un salto cualitativo para conseguir un espacio judicial penal europeo. De la misma forma, Eurojust salía fortalecida (art. III-273 TC) con la posibilidad de crear una Fiscalía Europea (art. III-274 TC), y la mejora de los mecanismos de cooperación policial, dando también mayor peso a Europol (art. III-276 TC)<sup>555</sup>.

Por lo que se refiere al art. III-270.2 TC, contemplaba la posibilidad de elaborar mediante leyes marco europeas normas mínimas relativas a la admisibilidad mutua de pruebas entre los estados miembros, a los derechos de las personas durante el procedimiento penal, a los derechos de las víctimas de los delitos e, incluso, a otros elementos específicos del procedimiento penal<sup>556</sup>. El art. III-271 TC probablemente aún sería más importante, ya que recogía igualmente leyes marco europeas para fijar normas mínimas relativas a la definición de infracciones penales y de las sanciones en ámbitos delictivos de carácter particularmente grave y con dimensión transfronteriza que a continuación enumera: el terrorismo, la trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños, el tráfico ilícito de drogas y de armas, el blanqueo de capitales, la corrupción, la falsificación de medios de pago, la delincuencia informática y la delincuencia organizada.

---

<sup>554</sup> Conviene recordar que el art. 35 TUEa en relación con el 46 del mismo Tratado, limitaban en exceso la competencia del Tribunal de Luxemburgo en este ámbito; no obstante, en el ámbito de la CPJMP, los estados miembros mantendrían su derecho de iniciativa conforme al art. III-264 TC.

<sup>555</sup> Con todo, el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia continuaba siendo un ámbito en el que algunos estados eran recelosos de perder prerrogativas; basta recordar la intensa batalla librada por Alemania para mantener como competencia estatal el derecho a fijar los volúmenes de admisión de nacionales de terceros países (art. III-267.5 TC) o la posibilidad de iniciativa estatal (junto a la de la Comisión) para la adopción de actos relativos a las Secciones 4 y 5.

<sup>556</sup> En este último caso con una serie de condiciones previstas en este apartado: decisión europea del Consejo por unanimidad previa aprobación del Parlamento Europeo.

No obstante, en ambos casos se establecía la figura del freno de emergencia que mencionamos líneas atrás, a través de la que, cuando un Estado consideraba que sus intereses estaba en peligro por alguna de las medidas que se pretendían adoptar, podía remitir la cuestión al Consejo Europeo con lo que se suspendería el procedimiento legislativo, si bien transcurrido un determinado plazo sin adoptar una decisión, un mínimo de un tercio de los estados miembros podrían establecer entre ellos una cooperación reforzada en ese ámbito. En definitiva, este freno era la constatación de que, aunque atenuados, todavía pervivían elementos de cierta naturaleza intergubernamental en este ámbito, a los que habría que añadir el derecho de iniciativa estatal (art. I-42.3 y III-264 TC) o el reconocimiento expreso del papel de los Parlamentos Nacionales en la evaluación de Europol y Eurojust. Además, con base a lo dispuesto en el *Protocolo n° 19* sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda respecto de las políticas relativas a los controles fronterizos, al asilo y a la inmigración, así como respecto de la cooperación judicial en materia civil y de la cooperación policial, y en el *Protocolo n° 20* sobre la posición de Dinamarca, anexos al Tratado Constitucional, las disposiciones en estos campos no vincularían de inicio a estos estados, salvo que decidieran lo contrario.

b) La PESC formaría parte del Título V de la Parte III del Tratado Constitucional, denominado *Acción Exterior de la Unión*, que agrupaba todas las disposiciones relativas al conjunto de la acción exterior europea, lo cual suponía una novedad de gran calado y acababa con la dispersión que existía en los Tratados vigentes.

Este bloque estaría dividido, a su vez, en ocho capítulos. El Capítulo I englobaría las disposiciones de aplicación general que, combinadas con lo dispuesto en el art. I-3.4 TC, recogían los valores y objetivos del conjunto de la acción exterior de la Unión y no sólo de la PESC<sup>557</sup>, al tiempo que también contenían el marco general de

---

<sup>557</sup> El art. III-292.2 TC integraba dichos objetivos en el ámbito exterior, tomando como referencia el art. 11 TUEa referido únicamente a la PESC, si bien le daba un sentido más político efectuando algunas modificaciones y adiciones en su redacción. Así, añadía el respeto a los principios del Derecho Internacional, el fomento de la integración en la economía mundial, la contribución a la elaboración de medidas internacionales de protección y mejora de la calidad del medio ambiente y de la gestión sostenible de los recursos naturales mundiales para lograr el desarrollo sostenible, la ayuda a las poblaciones, países y regiones que se enfrenten a catástrofes naturales o de origen humano y, en definitiva, promover un sistema internacional basado en una cooperación multilateral sólida y la buena gobernanza mundial.

toma de decisiones, sustentado en el papel preponderante del Consejo Europeo que sería el encargado de definir las líneas estratégicas de la Unión por unanimidad<sup>558</sup>. El Capítulo II, sobre el que volveremos en breve, regulaba la Política Exterior y de Seguridad Común, cuyos aspectos fundamentales ya habían sido esbozados en el art. I-40 TC y que ahora se desarrollan y concretan<sup>559</sup> en tres secciones dedicadas respectivamente a las disposiciones comunes, al ámbito específico de la Política Común de Seguridad y Defensa, y a las disposiciones financieras. El Capítulo III recogía la Política Comercial Común, ampliando su objeto al intercambio de servicios y a la propiedad intelectual; su marco concreto se definía por ley europea, aunque pervivía la unanimidad en la llamada excepción cultural francesa (comercio de servicios culturales y audiovisuales que pudieran perjudicar a la diversidad cultural y lingüística de la Unión), que se unía a la unanimidad también prevista respecto al comercio de servicios sociales, educativos y sanitarios que pudieran perturbar gravemente la organización nacional de los mismos. El Capítulo IV regulaba la cooperación con terceros países y ayuda humanitaria, donde se establecía una nueva base jurídica específica para la ayuda humanitaria sustentada en el respeto al Derecho Internacional y a los principios de imparcialidad, neutralidad y no discriminación (art. III-321 TC). El Capítulo V recogía las medidas restrictivas que el Consejo podría adoptar (por mayoría cualificada y a propuesta conjunta del Ministro de Asuntos Exteriores y de la Comisión) respecto a terceros estados o personas físicas o jurídicas dentro de la PESC. El Capítulo VI se refería a los acuerdos internacionales, incrementándose notablemente el papel del Parlamento Europeo respecto al marco vigente, ya que su aprobación sería necesaria para los acuerdos de mayor importancia y en los demás tendría que ser, al menos, consultado (art. III-325 TC). El Capítulo VII abordaba las relaciones de la Unión con las organizaciones internacionales, terceros países y delegaciones de la Unión. Finalmente, el Capítulo VIII concretaba la aplicación de la cláusula de solidaridad contenida en el art. I-43 TC, especificando que el Consejo estaría asistido por el Comité Político y de Seguridad y que, cuando existan repercusiones en el ámbito de la defensa, dicho Consejo se pronunciaría por unanimidad.

<sup>558</sup> *Vid.* art. III-293 TC. Las propuestas al Consejo se efectuarían por el Ministro de Asuntos Exteriores en el caso de la PESC y por la Comisión en los demás ámbitos de la acción exterior.

<sup>559</sup> El Tratado Constitucional seguía las pautas que para la PESC había establecido la Convención Europea. Para una génesis más pausada de la Política Exterior Común en el seno de la Convención, *vid.* ALDECOA LUZÁRRAGA, Francisco: “Una Europa”..., pp. 211-235.

Por lo que se refiere en concreto a la PESC, regulada en el Capítulo II, en este ámbito la comunitarización apenas ha avanzado<sup>560</sup>, con lo que la eliminación de la estructura de pilares no acababa de ser aquí muy real. La sección primera, referida a las disposiciones comunes, conforme a lo ya dispuesto en los arts. I-40.6 y refrendado por el art. III-300.1 TC, consagraba la adopción de decisiones por unanimidad, estableciéndose a continuación las excepciones que permitirían el empleo de la mayoría cualificada (art. III-300.2) que, aparte de ser escasas<sup>561</sup>, conservaban el inciso del hasta entonces vigente TUE que impedía la votación si un Estado manifestaba su intención de oponerse por “motivos vitales y explícitos de política nacional”. Por su parte, el art. III-300.3 confirmaba la pasarela prevista en la Parte I que permitiría adoptar más decisiones por mayoría cualificada, si bien se necesitaría para ello la unanimidad del Consejo Europeo. El apartado siguiente (art. III-300.4) aportaba otra muestra del carácter intergubernamental que seguía caracterizando a esta materia: se excluía la mayoría cualificada y la posibilidad de utilizar la pasarela respecto a decisiones que tengan repercusiones militares o en el ámbito de defensa. Este carácter intergubernamental estaría presente en el art. III-308, que disponía claramente que la PESC no afectaría al sistema competencial previsto en el Título III de la Parte I, a lo que habría que añadir la ya comentada incapacidad del Tribunal de Justicia para controlar los actos derivados de la PESC (art. III-376 TC)<sup>562</sup>.

La sección segunda acogía las disposiciones específicas relativas a la Política Común de Seguridad y Defensa (arts. III-309 a III-312 TC), concretándose los aspectos previstos en el art. I-41 TC: el marco de las misiones de Petersberg, en las que el referido art. I-41 ya había incorporado la prevención de conflictos y el art. III-309 añadía la cláusula genérica de que “todas estas misiones podrán contribuir a la lucha contra el terrorismo”; la posibilidad y el procedimiento por el que un grupo de estados podrían realizar una misión en este campo; las funciones de la Agencia Europea de Defensa; y las características que habría de tener la cooperación estructurada permanente prevista en el art. I-41.6 TC.

<sup>560</sup> No obstante, algunos autores reconocían la importante innovación que supone este Título, permitiendo una aproximación más comprensiva a la política exterior, en comparación con el “tapiz” previo de disposiciones que se podían encontrar en el TUE y en el TCE, SHAW, Jo: “The Draft Treaty...”, p. 10.

<sup>561</sup> *Vid.* letras a) b) c) y d) del art. III-300.2 TC.

<sup>562</sup> La única excepción sería la prevista en el párrafo segundo del art. III-376 TC, que permitía al Tribunal de Justicia pronunciarse sobre los recursos relativos al control de legalidad de medidas restrictivas frente a personas físicas o jurídicas que pudieran ser adoptadas por el Consejo de Ministros en virtud del Capítulo II del Título V.

Finalmente, la sección tercera recogía las disposiciones financieras que se aplicarían al conjunto del Capítulo II, es decir a toda la PESC, en las que se realizaban una serie de modificaciones con el objeto de facilitar la financiación de dichas misiones (art. III-313 TC).

#### E. La Parte IV: Disposiciones generales y finales

Esta Parte IV (arts. IV-437 a IV-448 TC) abarcaba disposiciones dotadas de gran relevancia constitucional, puesto que utilizaremos alguno de los preceptos que la integran para argumentar, en un sentido u otro, acerca de la naturaleza constitucional del texto rubricado en Roma.

El art. IV-437 establecía, en su apartado primero, que al entrar en vigor la Constitución quedarán derogados el TCE y el TUE, así como los actos y Tratados que los completaron o modificaron<sup>563</sup>, aunque no el Tratado de la CEEA o EURATOM<sup>564</sup>. Esta era una situación novedosa respecto de anteriores reformas en las que se iban superponiendo los Tratados creando las farragosas y complicadas versiones consolidadas: la Conferencia Intergubernamental, siguiendo el modelo emanado de la Convención, apostó por un texto que abarcara todo lo actualmente vigente (de ahí la larga Parte III) sin coexistir con los demás Tratados fundamentales. Quedaba patente pues la apuesta por un Tratado único, en contraposición con la opción, primeramente barajada, de redactar un Tratado breve que se superpusiera a los demás<sup>565</sup>.

El art. IV-438 no dejaba de ser una consecuencia lógica del anterior, al establecerse la continuidad jurídica respecto de la CE y la UE, garantizando la conservación del acervo comunitario. Con todo, conviene destacar que esta disposición

<sup>563</sup> El apartado segundo recogía la derogación expresa de los distintos Tratados de adhesión emanados de las sucesivas ampliaciones de la Unión, manteniendo una serie de excepciones relativas a disposiciones que todavía producirían efectos jurídicos y seguirían en vigor.

<sup>564</sup> Vid. *Protocolo por el que se modifica el Tratado Euratom*.

<sup>565</sup> El modelo adoptado era, por tanto, diferente del propuesto por el Instituto Universitario Europeo, según el cual se redactaría un Tratado Básico que incluiría todo el contenido del TUE (con dos Protocolos adjuntos relativos a la PESC y a la CPJMP) y algunas disposiciones fundamentales del TCE; de esta forma, el TUE dejaría de estar vigente, pero no así el TCE que se mantendría íntegro salvo las disposiciones que ya fueran incluidas en el Tratado Básico; vid. *A Basic Treaty for the European Union, A study of the Reorganisation of the Treaties*, 15 de mayo de 2000. De hecho, algunos autores como Craig consideraban dicha posibilidad más adecuada para el momento que vivía la Unión, vid. CRAIG, Paul: *Constituciones...*, pp. 260-264.



fue reescrita en la CIG con la intención de establecer una defensa más nítida y expresa del acervo comunitario<sup>566</sup>, puesto que en el texto emanado de la Convención la referencia a la protección del acervo no se hacía de forma expresa, lo que podía generar cierto grado de inquietud.

El siguiente artículo, IV-439, fue añadido por la CIG con la pretensión de unificar las dispersas disposiciones transitorias relativas a ciertas instituciones (composición del Parlamento Europeo y de la Comisión, o definición de la mayoría cualificada) que se desarrollarían conforme a lo establecido en el *Protocolo sobre las disposiciones transitorias relativas a las instituciones y órganos de la Unión*.

Por su parte, el art. IV-440 TC preveía el ámbito de aplicación territorial, fijando regímenes especiales y supuestos de no aplicación en una línea similar al art. 299 TCE. Los arts. IV-441 y IV-442 TC trasladaban lo dispuesto en los arts. 306 y 311 TCE, en relación con las uniones regionales (en concreto, el BENELUX) y la integración de los Protocolos y Anexos en el Tratado Constitucional.

Donde se producen importantes cambios es en relación con el procedimiento de revisión, regulado en el texto emanado de la CIG en tres preceptos sucesivos: los arts. IV-443, IV-444 y IV-445, aunque a nuestro juicio, como explicaremos en las próximas líneas, resultaban insuficientes.

El art. IV-443 establecía el denominado “procedimiento de revisión ordinario”<sup>567</sup>: el derecho de iniciativa emanaba del gobierno de cualquier Estado miembro, de la Comisión y, lo que es novedoso, del Parlamento Europeo (art. IV-443.1); el Consejo Europeo decidiría, en su caso, examinar las propuestas formuladas por cualquiera de las anteriores instituciones<sup>568</sup>, para lo que dicho Presidente del Consejo Europeo tendría que convocar una Convención previa a la futura Conferencia

---

<sup>566</sup> En esta línea de mayor garantía del acervo habría que entender el párrafo quinto que la CIG añadió al Preámbulo: “DECIDIDOS a continuar la obra realizada en el marco de los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y del Tratado de la Unión Europea, garantizando la continuidad del acervo comunitario [...]”.

<sup>567</sup> El antiguo art. 7 de la Parte IV del texto elaborado por la Convención Europea, preveía un único mecanismo de revisión similar para todas las partes de la Constitución.

<sup>568</sup> Propuestas que también habían de notificarse a los Parlamentos Nacionales.

Intergubernamental (IV-443.2)<sup>569</sup>, institucionalizando esta figura e incorporándola en relación al procedimiento de revisión previsto hasta entonces por el TUE, lo que obviamente resulta un avance en aras de una mayor transparencia y democratización; y finalmente, una vez aprobadas las modificaciones de común acuerdo en el seno de la CIG, se mantenía el principio general de ratificación unánime por todos los estados de conformidad con sus respectivas normas constitucionales (art. IV-443.3) previsto en el art. 48 TUE.

Por ello, manteníamos nuestras reservas en relación con el procedimiento de revisión que seguiría a la Convención: el texto seguía exigiendo que todos los estados miembros ratifiquen las enmiendas modificativas, lo que en una Europa a veintisiete suponía hacer muy complicadas las nuevas reformas<sup>570</sup>, tal como tendremos ocasión de constatar más adelante, con el nuevo Tratado intergubernamental que en el año 2012 veinticinco de los veintisiete estados de la UE tuvieron que adoptar ante la imposibilidad de modificar el Tratado de Lisboa por el veto británico y checo.

En todo caso, no podemos olvidar la novedosa cláusula introducida en el art. IV-443.4<sup>571</sup>, conforme a la cual “si, transcurrido un plazo de dos años desde la firma del Tratado por el que se modifica el presente Tratado, las cuatro quintas partes de los Estados miembros lo han ratificado y uno o varios Estados miembros han encontrado dificultades para proceder a dicha ratificación, el Consejo Europeo examinará la cuestión”. Este precepto presentaba una calculada ambigüedad para no preocupar a los intergubernamentalistas, ya que no se establecían las posibles alternativas que pudiera adoptar un Consejo del que también serían miembros los dirigentes de aquellos países

<sup>569</sup> Teóricamente sería muy difícil prescindir de la figura de la Convención para ulteriores revisiones: para no convocarla el Consejo Europeo tendría que pronunciarse por mayoría simple, pero necesitaría la aprobación previa del Parlamento Europeo; y no parecía muy factible que esta última institución, que tanto había luchado por conseguir un mecanismo que le permitiera participar en la reformas, fuera a prescindir de él.

<sup>570</sup> Sólo hace falta recordar los problemas para ratificar el Tratado de Maastricht en una Europa a doce o el de Niza en una Europa a quince, para ver el riesgo de parálisis que podría producirse. La necesidad de unanimidad para realizar cualquier tipo de reforma de los Tratados es lo que ha llevado a que autores como Hartley consideren que el Derecho Comunitario no es un sistema autónomo, *vid.* HARTLEY, Trevor C.: “The Community Legal Order: A British View”, *Série de publications de l’Académie de Droit Européen de Trèves*, vol. 21, (1997), pp. 60-62.

<sup>571</sup> Esta disposición estaba inicialmente prevista a efectos de ratificación (*vid.* art. G del Proyecto de Parte III; CONV 647/03) pasando después a incluirse en el ámbito de la revisión. No obstante, y como veremos a continuación, a través de una Declaración anexa al acta final, también sería aplicable a la presente ratificación.

que dificultan la ratificación<sup>572</sup>. Sobre el papel se trataba de un avance, aunque menor del que hubiéramos deseado vista la parálisis producida después de los *referenda* francés y holandés.

No obstante, conviene reseñar que la versión final del texto constitucional emanado de la CIG añadía dos procedimientos de revisión simplificados en los arts. IV-444 y IV-445. El primero (art. IV-444 TC) recogía las ya comentadas cláusulas pasarela<sup>573</sup>: en los ámbitos de la Parte III en los que un acto haya de ser adoptado por unanimidad del Consejo, el Consejo Europeo podrá permitir por unanimidad que el Consejo (de Ministros) se pronuncie por mayoría cualificada, previo consentimiento del Parlamento Europeo por mayoría de sus miembros<sup>574</sup>; el mismo procedimiento podría ser empleado para pasar de los procedimientos legislativos especiales al procedimiento legislativo ordinario (la codecisión)<sup>575</sup>. El segundo (art. IV-445 TC) introducía un procedimiento simplificado respecto del Título III de la Parte III (políticas y acciones internas de la Unión): el Consejo Europeo, a propuesta de cualquier Estado miembro, el Parlamento Europeo o la Comisión, podría modificar cualquier disposición de esta parte por unanimidad<sup>576</sup>, con el único límite de que “no podrá aumentar las competencias atribuidas a la Unión por el presente Tratado” (art. IV-445.3); dichos cambios no entrarían en vigor hasta que fueran ratificados por los estados miembros de acuerdo a sus respectivas normas constitucionales.

Estas modificaciones iban en la línea de diferenciar las partes de la Constitución, flexibilizando y haciendo más operativa la reforma de sus preceptos en la Parte III. No obstante, este progreso aparente todavía era muy tenue, ya que en los procedimientos simplificados la unanimidad continuaba siendo la nota preponderante,

<sup>572</sup> La base de este apartado podría ser el art. 82 del proyecto Spinelli, al que ya nos hemos referido, si bien éste era más ambicioso, ya que no exigía de partida la unanimidad a efectos de ratificación.

<sup>573</sup> Cláusulas previstas en el apartado cuarto del art. 24 de la Parte I del Proyecto de la Convención, con el objeto de poder comunitarizar en el futuro ámbitos de la Parte III que siguen conservando un carácter intergubernamental; en este sentido, para el ámbito concreto de la PESC puede verse el art. I-40.7 del texto constitucional. No obstante, desde un punto de vista de técnica jurídica, la colocación del art. 24.4 dentro del Título relativo a las instituciones no era lo más idóneo, de ahí que consideramos afortunada su inclusión final por la CIG como un artículo independiente dentro de la Parte IV.

<sup>574</sup> De todas formas, se excluyen expresamente de esta vía las decisiones que tengan repercusiones militares o en el ámbito de la defensa.

<sup>575</sup> En ambos casos sería necesario transmitir dichas iniciativas a los Parlamentos Nacionales que tendrían capacidad de veto sobre este tipo de reforma, ya que si se oponían en un plazo de seis meses, el Consejo Europeo no podría adoptar la citada decisión.

<sup>576</sup> Sería necesaria la consulta previa al Parlamento Europeo y a la Comisión, así como al Banco Central si los cambios afectarían al ámbito monetario, pero no su aprobación.

frente a propuestas más atrevidas desde el punto de vista político, que preveían mayorías cualificadas o supercualificadas<sup>577</sup>.

El art. IV-446 TC establecía la duración ilimitada del Tratado Constitucional, recogiendo la fórmula genérica ya prevista en la Convención (art. IV-9) y en los Tratados constitutivos<sup>578</sup>, con la excepción ya reseñada del Tratado CECA que dejó de estar en vigor en el año 2002 al preverse su constitución con una duración limitada a 50 años.

En cuanto al art. IV-447 TC, recogía los mecanismos de adopción, ratificación y entrada en vigor ya presentes en los arts. 52 TUEa y 313 TCE. En línea con lo dicho a efectos de la revisión del texto, incidimos en nuestro desacuerdo con la ratificación unánime que se proponía<sup>579</sup>, más si tenemos en cuenta que el segundo apartado del precepto establecía el 1 de noviembre de 2006 como horizonte temporal de entrada en vigor<sup>580</sup>. No obstante, y ante la eventualidad (que la realidad convertiría en certeza) de que llegada esta fecha aún no se hubiera producido la ratificación por todos los estados, la CIG mantuvo el ambiguo inciso previsto por la Convención en la *Declaración relativa a la ratificación del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*, que reproducía lo dispuesto en el art. IV-443.4 TC<sup>581</sup>.

<sup>577</sup> En este ámbito, nos sentimos más cercanos a los novedosos mecanismos de revisión diseñados por la Comisión en su propuesta de Tratado Constitucional: la revisión de los Principios y la CDF exigiría 5/6 de los estados, mientras que la modificación de las políticas o de los aspectos relativos a Defensa y EURATOM requeriría el apoyo de 3/4 de los miembros, *vid.* Comunicación de la Comisión sobre el futuro de la Unión Europea, de 4 de diciembre de 2002. De forma análoga, Mangas Martín planteaba que las disposiciones constitucionales exigieran una mayoría muy cualificada para su revisión (en torno a 5/6 de los estados que representasen al 90% de la población), mientras que las disposiciones sectoriales podrían ser modificadas con el apoyo de 2/3 de los estados, *vid.* MANGAS MARTÍN, Araceli: “La Unión Europea...”, p. 91, nota 34 (nótese que hablaba de dos Tratados diferentes, aunque la CIG y la Convención finalmente optaron por un único texto).

<sup>578</sup> *Vid.* arts. 51 TUEa y 312 TCE.

<sup>579</sup> Si bien tiene mayor fundamento su conservación a efectos de ratificación que respecto de futuras revisiones: como texto que deroga anteriores tratados internacionales ratificados de forma unánime, la lógica jurídica implica que el texto que los sustituya sea adoptado unánimemente, aunque desde el momento de su entrada en vigor (como pretende ser una Constitución) la unanimidad ya no tendría que ser condición *sine qua non* para su posterior revisión.

<sup>580</sup> Con el inciso de “siempre que se hayan depositado todos los instrumentos de ratificación o, en su defecto, el primer día del segundo mes siguiente al del depósito del instrumento de ratificación del último Estado signatario que cumpla dicha formalidad”.

<sup>581</sup> Como en el caso de la revisión, si transcurren dos años desde la firma, ratifican cuatro quintos de los estados y alguno o algunos tienen dificultades para lograrlo, el asunto se remitiría al Consejo Europeo.

Por último, el art. IV-448 TC establecía las lenguas de redacción del Tratado Constitucional que tendrán la consideración de “textos auténticos”<sup>582</sup> y su lugar de depósito (los archivos del gobierno italiano). Conviene reseñar que la CIG añadió en este supuesto, en relación con lo previsto por la Convención, un segundo apartado que abría la puerta a su traducción a aquellos idiomas que, siendo oficiales en todo o parte de un Estado miembro, carecían de la consideración de lengua oficial de la Unión, lo que suponía un cierto avance respecto de su reconocimiento institucional, ya que una copia certificada de su traducción sería depositada en los archivos del Consejo<sup>583</sup>.

## F. La dimensión regional del Tratado Constitucional

En estas líneas que siguen no pretendemos estudiar el papel que las entidades subestatales desempeñan en la Unión Europea, pues ello excedería con mucho el ámbito de este trabajo<sup>584</sup>. Simplemente analizaremos, y de forma muy esquemática, las

<sup>582</sup> 21 previstas en el texto, a las que habría que añadir el búlgaro y el rumano con la adhesión de estos estados el 1 de enero de 2007.

<sup>583</sup> De hecho, la CIG consideraba que esta posibilidad de traducción “[...] contribuye a cumplir el objetivo de respetar la riqueza de la diversidad cultural y lingüística de la Unión [...]”, recomendando que los Estados miembros interesados en hacer uso de esta facultad comuniquen al Consejo, en los seis meses siguientes a la firma de la Constitución, el idioma o idiomas a los que ésta será traducido, *vid. Declaración relativa al apartado 2 del artículo IV-448* (CIG 87/04 ADD 2 REV 2). Se trataba de una solución intermedia entre aquéllos que reclamaban el *status* oficial para sus lenguas en el nivel comunitario, y los que rechazaban esta posibilidad. En este sentido, el ejecutivo español, con el objeto de favorecer la presencia del catalán, gallego y euskera en Europa, presentó un Memorándum en el que solicitaba el reconocimiento en la Unión Europea de dichas lenguas, comprometiéndose además a asumir el coste presupuestario de llevar esta propuesta a la práctica (que exigiría la modificación del Reglamento 1/1958 por el que se fijaba el régimen lingüístico de la entonces Comunidad Económica Europea), *vid. Memorándum del gobierno español sobre la solicitud de reconocimiento en la Unión Europea de todas las lenguas oficiales en España*, 13 de diciembre de 2004. El Consejo de Ministros de Asuntos Generales y Relaciones Exteriores de 13 de junio de 2005, acordó, en relación a las lenguas distintas de las mencionadas en el Reglamento 1/1958 que contaban con un estatuto reconocido por la Constitución de un Estado miembro en todo o parte de su territorio y cuyo uso como lengua nacional estaba autorizada por ley, garantizar el derecho de los ciudadanos a utilizarlas de forma indirecta y limitada, en sus relaciones con las instituciones en las condiciones fijadas en base a acuerdos administrativos celebrados entre el estados miembros y cada institución u órgano de la UE. En este sentido, el gobierno español rubricó acuerdos con el Consejo, la Comisión, el Comité de las Regiones y el Comité Económico y Social (aunque se llevaría a efecto a través de un procedimiento indirecto), al tiempo que la Mesa del Parlamento Europeo acordó el 3 de julio de 2006 aceptar las comunicaciones por escrito en dichas lenguas (en este caso de forma directa) si bien se mantenían fuera del ámbito de Plenos y Comisiones, *vid. ESTEVE GARCÍA, Francina*: “El nuevo estatuto jurídico de las lenguas cooficiales en España ante la Unión Europea”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 24, (2006), pp. 439-480.

<sup>584</sup> En relación con ello, la bibliografía es abundante; *vid. con carácter general, ROJO SALGADO, Argimiro*: *La Exigencia de participación regional en la Unión Europea: de la regionalización estatal a la regionalización comunitaria*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1996, ARIAS MARTÍNEZ, María Antonia: *Comunidades Autónomas y elaboración del derecho comunitario europeo: un estudio sobre el principio de colaboración en este ámbito*, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, y ROIG MOLÉS, Eduard: *Las Comunidades Autónomas y la posición española en asuntos europeos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002. Especialmente interesante resulta la comparación que establecen entre

referencias que el Tratado Constitucional hacía del fenómeno regional, pues la idea de *multilevel constitutionalism* no se circunscribe únicamente a las relaciones verticales entre Unión Europea y estados, sino que también ha de tener en cuenta la existencia de otras entidades infraestatales: las regiones, y en especial aquéllas a las que se les reconoce autonomía política como en el caso de Galicia<sup>585</sup>.

Hasta entonces los Tratados apenas hacían mención a la esfera regional de la Unión, concebida como una cuestión de política interna, si bien era perceptible un mayor acercamiento a esta realidad desde la adopción del Tratado de la Unión Europea en Maastricht, con la creación del Comité de las Regiones, la novedosa redacción del art. 146 TCE (posteriormente art. 203) que eliminaba el impedimento para que los ministros regionales pudieran representar a los estados en el Consejo, y la configuración del principio de subsidiariedad.

En este contexto, ¿qué aportaba el texto constitucional a la esfera regional?<sup>586</sup> Las regiones pasaban a ser reconocidas, al tiempo que se veía respetada su identidad. De este modo, el apartado primero del art. I-5 TC hacía un reconocimiento de la dimensión regional con carácter general, ya que, al respeto a la identidad nacional de los estados,

---

la situación española y la de Alemania, Austria, Bélgica e Italia. La evolución del fenómeno regional a lo largo del proceso de integración europea puede verse en ROJO SALGADO, Argimiro: “O avance do modelo rexional europeo: do Tratado de Roma á Convención”, en Cancela Outeda (coordinador), *Ampliación e Convención: Galicia na encrucillada Europea*, Santiago de Compostela, Tórculo, 2004, pp. 179-207; en sentido similar *vid.* CANCELA OUTEDA, Celso (coordinador): *A Unión Europea do século XXI: reflexións dende Galicia*, Santiago de Compostela, Fundación Galicia-Europa, Universidade de Vigo, 2002. Más recientemente, no podemos dejar de mencionar PORTILLA MARTOS, José Antonio: *Derecho de la Unión Europea y comunidades autónomas. El desarrollo normativo del derecho de la Unión en el estado autonómico*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

<sup>585</sup> Estas regiones crearon sus propios instrumentos de colaboración, como la Conferencia de Presidentes de Regiones con Poderes Legislativos o la Conferencia de Asambleas Legislativas Regionales de la Unión Europea; un escalón por encima estarían aquéllas que se agruparon en la Conferencia de Regiones Constitucionales (Baviera, Cataluña, Escocia, Flandes, Renania del Norte-Westfalia, Salzburgo y Valonia).

<sup>586</sup> *Vid.* ALBERTÍ ROVIRA, Enoch: “Las regiones en el Proyecto de nueva Constitución Europea”, en Albertí Rovira (director) - Roig Molés (coordinador), *El Proyecto de nueva Constitución Europea. Balance de los trabajos de la Convención sobre el futuro de Europa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 464-469 (en especial, nota 29). A mayores de las novedades sustanciales a las que nos referiremos de inmediato, no podemos olvidarnos de las menciones sectoriales presentes a lo largo del TCE, y que eran correspondientemente adaptadas en el Tratado Constitucional, sobre todo en la Parte III: cohesión económica, social y territorial (arts. III-220 a III-224), redes transeuropeas (arts. III-246 y III-247), cultura (art. III-280), protección civil (art. III-284), regímenes especiales en materia de ayudas públicas, transportes y regiones ultraperiféricas (arts. III-167, III-243 y III-424), limitaciones y prohibiciones propias de las entidades públicas (arts. III-181 a III-183), así como la propia configuración del Comité de las Regiones (arts. III-386 a III-388).

se añadía expresamente el de la autonomía local y regional<sup>587</sup>; en sentido similar estarían el Preámbulo de la CDF, así como el art. II-82 TC, referido a la diversidad cultural, religiosa y lingüística. No obstante, la nueva configuración del art. I-5 en lo que se refiere al respeto a la identidad nacional de los estados miembros, no alteraba el modelo de distribución competencial, ya que éstos “siguen siendo los responsables últimos ante la UE del cumplimiento de las obligaciones impuestas por el derecho comunitario, independientemente del sistema de distribución de poderes previsto en su Constitución interna”<sup>588</sup>.

Importante era, de igual forma, el papel otorgado por el texto a la relación entre el principio de subsidiariedad y las entidades regionales. El novedoso inciso relativo al nivel regional y local incluido en la configuración del principio de subsidiariedad del art. I-11.3 TC, se desarrollaba en el *Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad* anexo al Tratado Constitucional. Conforme al citado Protocolo, antes de proponer un acto legislativo, la Comisión realizaría amplias consultas en las que tendría en cuenta, cuando procediera, la dimensión regional y local de las acciones previstas (art. 2 PSPa)<sup>589</sup>; la ficha de subsidiariedad debería tener en cuenta la legislación regional a la hora de elaborar leyes marco europeas, así como las cargas financieras o administrativas que pudieran recaer sobre las autoridades regionales o locales (art. 5 PSPa)<sup>590</sup>; dentro del sistema de alerta temprana, se abría la vía de la consulta a los Parlamentos de las regiones con competencias legislativas, aunque todavía de forma muy tenue, ya que dicha posibilidad estaría en manos de los Parlamentos Nacionales (art. 6 PSPa); y se legitimaba al Comité de las Regiones, respecto de los actos legislativos para cuya adopción debiera ser consultado, para recurrir ante el Tribunal de Luxemburgo sobre la base del incumplimiento del principio

<sup>587</sup> Para Aldecoa, esto supondría el primer reconocimiento en un texto constitutivo europeo de los niveles regionales y locales, *vid.* ALDECOA LUZÁRRAGA, Francisco: “El resultado...”, p. 13. Ahora bien, al margen de declaraciones solemnes, conviene precisar: lo realmente novedoso era que la dimensión regional se tendría en cuenta para el funcionamiento de determinados principios básicos (como el de subsidiariedad), y no tanto el reconocimiento del hecho regional en sí mismo, pues menciones en los Tratados (aunque parciales y escasas) ya existían.

<sup>588</sup> HINOJOSA MARTÍNEZ, Luis Miguel: *El reparto de...*, p. 329.

<sup>589</sup> No obstante, “en casos de urgencia excepcional, la Comisión no procederá a estas consultas”, si bien habría de motivar su decisión en la propuesta.

<sup>590</sup> El profesor Hinojosa lo configuraba como “la manifestación económica del principio de proporcionalidad”, por la cual “la Unión no tiene que asegurarse de que el gobierno regional en cuestión dispone de fondos suficientes para el desarrollo de la normativa comunitaria [...]; se trata, simplemente, de justificar que se ha intentado reducir al mínimo la carga económica y administrativa que las medidas supondrán para las autoridades regionales, y que el desembolso es proporcionado al objetivo perseguido”, HINOJOSA MARTÍNEZ, Luis Miguel: *El reparto de...*, pp. 331-332.

de subsidiariedad (art. 8 PSPa), venciéndose el histórico rechazo que a esta reivindicación del Comité de las Regiones habían supuesto las reformas precedentes<sup>591</sup>.

Con todo, estas mejoras eran, a nuestro juicio, insuficientes<sup>592</sup>, lo que podría encontrar su causa en el limitado perfil regional de la Convención que, en cierta medida, contribuyó a limitar también los resultados: los miembros del Comité de las Regiones únicamente tuvieron el rango de observadores y no se creó un Grupo de Trabajo específico sobre el hecho regional<sup>593</sup>. La posterior CIG que aprobaría el Tratado Constitucional no realizó nuevas aportaciones significativas en este ámbito.

Así, aunque el Tratado Constitucional avanzaba en el reconocimiento de las instituciones regionales en la Unión, los resultados quedaban todavía lejos de las reivindicaciones proclamadas por las entidades subestatales con mayores competencias autónomas<sup>594</sup>: el Comité de las Regiones seguía sin ser elevado al rango de institución<sup>595</sup>, conservando su heterogénea composición (regiones con poderes legislativos, regiones que no los tenían, y entidades locales) y carecía de funciones que

<sup>591</sup> En la propia CIG previa a la aprobación del Tratado de Ámsterdam se había rechazado el derecho del Comité de las Regiones a acceder al Tribunal de Justicia ante posibles violaciones del principio de subsidiariedad, sobre la base de que “no le corresponde a este órgano representativo de los intereses regionales interpretar la aplicación de un principio que no opera sino en el contexto de competencias compartidas entre la UE y sus Estados miembros”, PÉREZ GONZÁLEZ, Manuel: “La incidencia del principio de subsidiariedad en las regiones”, en Martín y Pérez de Nanclares (coordinador), *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional* (coordinador), Madrid, Iustel, 2008, p. 300. Según este autor, lo mismo podría decirse de la Comisión, que consideraba que el Comité de las Regiones, a través de sus dictámenes sobre las propuestas de la Comisión tenía la posibilidad de “llamar la atención del legislador sobre los eventuales problemas de subsidiariedad, y que otorgarle un derecho de recurso directo ante el Tribunal de Justicia supondría reconocerle una vocación particular para velar por la buena aplicación de la subsidiariedad, dotándolo en consecuencia de unos poderes constitucionales que sobrepasarían la finalidad de defensa de las prerrogativas propias”, *ibidem*.

<sup>592</sup> En este sentido, resulta significativa la valoración que la administración autonómica gallega hacía del proyecto constitucional, *vid.* GAMALLO ALLER, Jesús María: “La perspectiva regional del Proyecto de Constitución Europea”, en Pueyo Losa (director), *Constitución y ampliación de la Unión Europea. Crisis y nuevos retos*, Santiago de Compostela, Tórculo, 2004, pp. 183-192.

<sup>593</sup> La cuestión regional se planteó en la Convención a través del grupo de contacto “Regiones y entidades locales”, de una importancia política sensiblemente menor a la de los Grupos de Trabajo, y la celebración de una sesión plenaria dedicada al fenómeno regional el 6 y 7 de febrero de 2003. No obstante, la problemática regional apareció incidentalmente en otros Grupos de Trabajo de la Convención, como los relativos a la Subsidiariedad, Simplificación, o Competencias Complementarias.

<sup>594</sup> *Vid.* HINOJOSA MARTÍNEZ, Luis Miguel: *El reparto de...*, p. 327. Las pretensiones de las regiones pueden verse en el *Dictamen del Comité de las Regiones sobre el “Proyecto de informe del Parlamento Europeo sobre la delimitación de competencias entre la Unión Europea y los Estados Miembros”*, 13 de marzo de 2002.

<sup>595</sup> La solicitud de elevar el Comité de las Regiones al rango de institución había quedado de manifiesto en la posición adoptada por los observadores del mismo en la Convención el 4 de julio de 2002 (CONV 167/02).



fueran más allá del ámbito consultivo<sup>596</sup>, obviándose su pretensión de llegar a convertirse en una segunda cámara legislativa comunitaria<sup>597</sup>; se negaba la posibilidad de un recurso individual de las regiones ante el Tribunal de Luxemburgo por incumplimiento del principio de subsidiariedad<sup>598</sup>; el Tratado Constitucional mantenía los antiguos arts. 94, 95 y 308 TCE (arts. III-173, III-172 y I-18 TC respectivamente), que eran vistos con cierta desconfianza por el Comité de las Regiones, al tiempo que omitía en su articulado un listado negativo de competencias de las entidades regionales; tampoco se incluía un Protocolo anexo sobre los Parlamentos regionales, a diferencia de lo que sí se establece para los Parlamentos Nacionales<sup>599</sup>; y el eficaz funcionamiento de determinados mecanismos favorecedores de la participación regional, como la presencia de representantes regionales en el Consejo de Ministros sobre la base del art. I-23.2 TC o el sistema de alerta temprana, seguía estando en última instancia, en manos del poder central de cada Estado miembro, con las consabidas diferencias que ello producía desde un Estado federal como el alemán, a uno centralizado como el francés, pasando por un modelo autonómico como el español<sup>600</sup>.

<sup>596</sup> Incluso continuaba sin ser explicitada otra vieja aspiración del Comité de las Regiones, como sería “la obligación de que la Comisión responda a los dictámenes del Comité de las Regiones justificando las razones por las que no ha tenido en cuenta las opiniones manifestadas en dichos dictámenes”, HINOJOSA MARTÍNEZ, Luis Miguel: *El reparto de...*, p. 341.

<sup>597</sup> Posibilidad rechazada por los profesores Bogdandy y Bast, tanto por la posible ralentización que supondría en el proceso de toma de decisiones, como por la heterogénea composición del Comité de las Regiones anteriormente mencionada, pues podría llevar a la paradoja de que el Comité tuviera unas funciones legislativas de las que carecieran en su ámbito interno muchos de los miembros del citado Comité de las Regiones, *vid.* VON BOGDANDY, Armin - BAST, Jürgen: “El orden competencial...”, pp. 58-59.

<sup>598</sup> A este respecto, el Grupo I de la Convención, relativo a la subsidiariedad, reflejó que “la mayor parte de los miembros del Grupo considera que el grado y la forma de participación de las entidades regionales y locales en el trabajo de elaboración de la legislación comunitaria se determinan únicamente dentro del marco nacional. Aducen, en este sentido, que el mecanismo propuesto en el presente documento no impide, en su caso, que se consulte en el marco nacional a las asambleas regionales o locales. Cualquier otro planteamiento podría, por lo demás, afectar al equilibrio establecido a escala europea entre los Estados miembros. Estos son los motivos que han llevado al Grupo a rechazar la propuesta de conceder el derecho de recurrir al Tribunal de Justicia por violación del principio de subsidiariedad a aquellas regiones que, en el marco de la organización institucional nacional, disponen de poderes legislativos”, Informe final del Grupo de Trabajo Subsidiariedad, (CONV 286/02), p. 8. Por el contrario, el Parlamento Europeo se había manifestado a favor de la legitimación activa de las regiones cuando se infringieran directamente sus prerrogativas, lo que se ejercería de conformidad con su Constitución o su legislación nacional, *Resolución sobre el papel de los poderes regionales y locales en la construcción europea, Parlamento Europeo*, 14 de enero de 2003.

<sup>599</sup> *Vid.* HINOJOSA MARTÍNEZ, Luis Miguel: *El reparto de...*, p. 342.

<sup>600</sup> Se mantendría, por tanto, el espíritu del principio de autonomía institucional, por el que la UE sería neutra en relación con la estructura interna de sus estados miembros, *vid.* sentencia del Tribunal de Luxemburgo de 15 de diciembre de 1971, *International Fruit Company*, asunto 51/71.

Todo ello ponía de manifiesto que, aunque la preocupación por la temática regional iba en aumento, todavía tendría que superar importantes recelos en las estructuras comunitarias. Y, para el caso concreto de España, nos hacemos partícipes de la tesis del profesor Hinojosa, quien consideraba que la defensa de las competencias autonómicas en el ámbito comunitario habría de girar en una doble dirección: profundizar en la reforma normativa que permita fortalecer el papel de las comunidades autónomas en la conformación de la voluntad del Parlamento español a través de la reforma del Senado, y el perfeccionamiento de los canales de comunicación entre las autonomías y las instituciones europeas (principalmente la Comisión) ligados fundamentalmente a la fase de elaboración de proyectos legislativos europeos y, en concreto, a la aplicación del mecanismo de alerta temprana sobre el que volveremos en el Capítulo Cuarto<sup>601</sup>.

#### G. Algunas consideraciones críticas sobre el contenido del texto

No pretendemos ahora volver a incidir sobre lo ya dicho; de hecho, en las páginas precedentes hemos dejado constancia de nuestras consideraciones sobre aquellos aspectos que consideramos de mayor relevancia. Se trataría más bien de una especie de síntesis, tanto a nivel formal como material, en relación con ámbitos sobre los que creemos que el texto podría haber ido más allá o mejorar su redacción final.

---

<sup>601</sup> Vid. HINOJOSA MARTÍNEZ, Luis Miguel: *El reparto de...*, p. 342. Prueba de que gran parte de las posibilidades de actuación de las regiones estaban en manos del Estado al que pertenecen la encontraríamos en España. Durante la elaboración del texto de la Convención, el gobierno español no puso gran entusiasmo en satisfacer las peticiones procedentes del nivel regional, impulsando, por ejemplo, el último inciso del art. 5.1, por el que la Unión habría de respetar las funciones esenciales del Estado, en particular las que tenían por objeto garantizar su integridad territorial. Ya en la fase final de la CIG y con el nuevo gobierno salido de las elecciones de marzo de 2004, la situación dio un giro: como hemos visto, se incluyó un nuevo artículo que recogía la posibilidad de traducir el texto a lenguas no oficiales de la Unión pero que sí lo son en sus respectivos países (art. IV-448.2 TC); y desde el Ministerio de Administraciones Públicas se impulsaron propuestas para mejorar la presencia regional en el nivel comunitario. Así, el 9 de diciembre de 2004, la Conferencia para Asuntos Relacionados con la Comunidad Europea, acordó que se permitiera nombrar a dos representantes autonómicos en la Representación Permanente de España ante la Unión, o la presencia de consejeros autonómicos en determinados Consejos de Ministros de la UE (Empleo, Política Social, Sanidad y Consumidores; Agricultura y Pesca; Medio Ambiente; y Educación, Juventud y Cultura). En cierto sentido, se recuperaba aquella proposición no de ley, aprobada el 4 de marzo de 1998 en la Comisión Mixta Congreso-Senado sobre la Unión Europea, que instaba al ejecutivo a “establecer una fórmula que permita la presencia de un representante de las Comunidades Autónomas en la delegación del Gobierno, en aquellas reuniones del Consejo de Ministros de la Unión en las que se traten asuntos para los cuales tengan competencia exclusiva las Comunidades Autónomas”.

Desde un punto de vista formal, estábamos ante un texto enormemente largo (448 artículos, 465 en la redacción de la Convención, sin contar Protocolos y Anexos), siendo más extenso que el TCE y el TUE juntos (pese a que había un mandato de simplificación) o que la Constitución de la India de 1949 que, con 395 artículos, se utiliza como ejemplo de extensión excesiva. Además, el lenguaje empleado (sobre todo en la Parte III) no favorecía una fácil lectura: unas partes se remitían a otras que, a su vez, repetían aspectos tratados en preceptos anteriores, como en el caso de la regulación de las instituciones<sup>602</sup>. Esto suponía que algunos autores, como Pereira Menaut, consideraran que estaba imbuida de una lógica estatista de raíz franco-alemana con pretensiones codificadoras<sup>603</sup>.

En el plano material, manteníamos cierto escepticismo en relación con aspectos institucionales como la forma de elección del Presidente de la Comisión o el encaje del Presidente del Consejo Europeo; la ausencia de medidas efectivas para luchar contra el *micromanagement* de la Unión (que se veía favorecido con la enumeración de unos objetivos y competencias muy amplios); la conservación de la unanimidad en ámbitos como la PESC, fiscalidad o seguridad social<sup>604</sup> y los procedimientos especiales (sobre todo en sectores también ligados a la PESC); el mantenimiento de la unanimidad para llevar a cabo futuras revisiones del Tratado Constitucional; así como con algunas dificultades que pudiera ocasionar la configuración de la Parte III, puesto que el traslado de la práctica totalidad de las políticas y acciones de la Unión desde los Tratados constitutivos a la Parte III suponía constitucionalizar ámbitos que realmente no eran constitucionales, con el consiguiente riesgo de desvalorización del Tratado Constitucional, al otorgarse similar rango a partes constitucionales (como la Carta de los

---

<sup>602</sup> Habría que añadir a esto que, en la versión salida de la Convención, la numeración del texto no era continua o las dispersas disposiciones a lo largo de todo el articulado que sólo se aplicarían a partir de una determinada fecha o que dejarían de estar en vigor llegado un determinado momento en el ámbito institucional. La propia CIG fue consciente de estos problemas y de ahí que creara un grupo específico de juristas encargados de su “verificación jurídica”. Parte de ellos, como la numeración o la agrupación de las cláusulas transitorias, serán corregidos en la versión finalmente rubricada en Roma. Otros, como el tamaño, no encontraron solución.

<sup>603</sup> Vid. PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos: “¿Otro modelo...”, pp. 182-190.

<sup>604</sup> En este ámbito la Convención vivió una curiosa situación: los representantes escandinavos adscritos al grupo socialista rechazaban la mayoría cualificada respecto de las políticas sociales (por temor a que con ello pudiera producirse una merma de su Estado de bienestar) al tiempo que los socialistas españoles pedían insistentemente el fin de la unanimidad para estas materias; lo mismo les sucedería a estos representantes españoles con los laboristas británicos respecto de la fiscalidad.

Derechos Fundamentales) y no constitucionales (de nuevo, la Parte III), haciendo un todo difícilmente comprensible para los ciudadanos<sup>605</sup>.

No obstante, hay que reconocer que, con carácter general, el Tratado Constitucional se configuró, en ese momento, como un instrumento aceptable para todos los gobiernos de la Unión (ya lo era el texto de la Convención, salvo en lo que se refería a la mayoría cualificada). Consenso que se produjo a través de una combinación de elementos intergubernamentales como la PESC, el Consejo Europeo o la revisión unánime, con aspectos claramente federales como la primacía, la categorización competencial, el fortalecimiento del Parlamento Europeo y de la codecisión, la futura composición de la Comisión, o la comunitarización de amplios aspectos de la Cooperación Policial y Judicial en Materia Penal.

Como exponía De Areilza, sobre la base de la actuación de la Convención se había desarrollado la democracia en la Unión cambiando el método de reforma de los Tratados y ampliando la representación política; se mejoraban las bases para la unión política haciendo más explícito el contenido constitucional (ejemplos de ello serían la Carta de los Derechos Fundamentales, el reconocimiento de la personalidad jurídica de la Unión o la eliminación de la estructura de pilares); su denominación como Tratado Constitucional o Constitución mostraba claramente cómo estábamos ante una comunidad política europea que había superado su origen de Organización Internacional y que, por ello, debía ser estudiada con un constitucionalismo propio; el proyecto de la Convención (y el Tratado Constitucional posterior) no disminuía las competencias actuales de la Unión; se producía una clasificación de las competencias (no un catálogo

<sup>605</sup> De la insatisfactoria relación constitucional entre la Parte II y la Parte III se hace eco Shaw, *vid.* SHAW, Jo: “The Draft Treaty...”, p. 8. El problema de la desvalorización de la Constitución ya había sido advertido por Loewenstein hace décadas al hablar de la erosión de la conciencia constitucional, *vid.* LOEWENSTEIN, Karl: *Teoría...*, pp. 226-231. Araceli Mangas se mostraba concluyente: “Buena parte del contenido de la Parte III (varios cientos de artículos) son impropios de una constitución [...]”, MANGAS MARTÍN, Araceli: *La Constitución...*, p. 22. Además, en algunos casos se duplicaba la regulación, pudiendo crear confusión (primera regulación en la Parte I, desarrollo en la III, y a veces, también en la II si se trataba de materias relativas a los derechos); en esta línea, la misma profesora advertía que “no se debe caer en la tentación de un texto sumamente breve, cual si fuera un folleto de divulgación, para luego en otro tratado más amplio regular con detalle las mismas materias”, MANGAS MARTÍN, Araceli: “La Unión Europea...”, p. 91, nota 33. En este sentido, conviene hacer notar las críticas emanadas desde la Comisión Europea a las que ya nos hemos referido o, incluso, desde la propia Convención Europea por alguno de sus miembros, *vid.* Contribución de 30 de mayo de 2003 (CONV 773/03): “Informe de una minoría-La Europa de las democracias” firmado por David Heathcoat-Amory, Irene Belohorska, Jan Zahradil, Jens-Peter Bonde, Peter Skaarup, y los miembros suplentes Esko Seppanen, John Gromley, Per Dalgaard, y William Abitbol.

restrictivo) sujeta a una doble interpretación política (de Parlamento Europeo y Consejo, en el que aumentaban las decisiones a tomar por mayoría cualificada) y judicial (por el Tribunal de Luxemburgo), involucrando a los Parlamentos Nacionales en el desarrollo del principio de subsidiariedad (con el sistema de alerta temprana) sin que ello supusiera posibles vetos a la capacidad normativa europea; se diseñaba una cláusula de solidaridad ante ataques terroristas o catástrofes naturales; se mejoraban los instrumentos legislativos de la Unión, con la codecisión convertida en el procedimiento legislativo ordinario; y se adoptaba la pretensión española de comunitarizar la cooperación en justicia e interior<sup>606</sup>.

El resultado sería un constitucionalismo particular: una Constitución que combinaba elementos del viejo acervo de la Unión (Tratados constitutivos y posteriores revisiones) con elementos de un nuevo acervo constitucional, avanzando en algunos aspectos a la par que se estancaba en otros<sup>607</sup>; una especie de federalismo intergubernamental pragmático que buscaba equilibrar los postulados más pro-integracionistas con aquéllos más recelosos de efectuar cesiones de poder<sup>608</sup>. Estaríamos ante lo que Aldecoa denominaba como “innovación política”: desde el discurso de Fischer, el debate tenía un nuevo alcance (federal), una nueva dimensión (constitucional), una amplia finalidad (la gestión del planeta), un nuevo método (la Convención), un novedoso resultado (la Constitución Europea) y, si finalmente tiene éxito, efectos en la sociedad internacional (nuevo modelo organizativo con mejor gestión de la globalización)<sup>609</sup>.

<sup>606</sup> Vid. DE AREILZA CARVAJAL, José María: “La Convención...”, pp. 44-46. No obstante, poco después el mismo profesor deja vislumbrar cierto escepticismo en cuanto al carácter realmente innovador del texto constitucional, ya que incluía “[...] algunos avances jurídicos y políticos innegables. Pero al final, bajo un ropaje constitucional novedoso, el contenido de la Convención no es un salto hacia una mayor integración europea”, *ibidem*, p. 51; para ello pone como ejemplo la aceptación del texto por el gobierno británico, y el escepticismo, como hemos visto, con el que el texto convencional fue acogido en su momento por la Comisión Europea (en especial por su entonces Presidente, Romano Prodi).

<sup>607</sup> Esto sería lo que Poiars Maduro señalaba como “low intensity constitutionalism”, *vid.* POIARES MADURO, Miguel: “The Constitutional treaty and the Nature of European Constitutionalism: The Tension between Intergovernmentalism and Constitutionalism in the European Union”, en Closa - Sola (editores), *La Constitución de la Unión Europea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, pp. 41-83; en similar sentido, *vid.* SHAW, Jo: “The Draft Treaty...”, pp. 5-6.

<sup>608</sup> Como decía Pereira Menaut, “es como si aumentara el poder de la Unión, pero para ser ejercitado por los estados; como si en una federación del tipo de la alemana se incrementaran los poderes del centro, pero más los del *Bundesrat* que los de gobierno y administración federal”, PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos - CANCELA OUTEDA, Celso - MARTÍNEZ ARRIBAS, Fernando - NÚÑEZ POBLETE, Manuel: *Proyecto de...*, p. 12.

<sup>609</sup> Vid. ALDECOA LUZÁRRAGA, Francisco: “Innovación...”, p. 13. No obstante, la realidad posterior rebajaría estas expectativas.

Por su parte, la propia celebración de un *referendum* para ratificar la Constitución<sup>610</sup>, como ocurrió en el caso español, “reforzaría su carácter constitucional”<sup>611</sup>, si bien implicaba algunos problemas al no realizarse en todos los estados<sup>612</sup>. Además, los *referenda* presentaban enormes dificultades en caso de resultado negativo en alguno de los miembros<sup>613</sup>, como así se ha comprobado con el rechazo al Tratado Constitucional en Francia y Holanda; ahora bien, tampoco resultaría muy apropiado para la legitimación de la Constitución y del proceso de integración europeo, que no se sometiera a consulta popular, pese a los riesgos de descarrilamiento del proceso, una cuestión tan sensible como era una *Carta Magna* de la UE.

## V. EXAMEN DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA CONSTITUCIÓN EUROPEA

Una vez estudiados en el Capítulo Primero los principales rasgos que ha de tener una Constitución, ha llegado el momento de pronunciarnos sobre la naturaleza del texto firmado en Roma conforme a dichos principios y a la concepción constitucional finalista y no estatista que entendemos más apropiada para una realidad como la UE; este examen de constitucionalidad se realizará a través de una serie de elementos que, entendemos, han de ser el *mínimo común denominador* de toda *Carta Magna*.

Por consiguiente, para determinar si el Tratado Constitucional cumpliría los rasgos básicos que establecimos como necesarios para hablar de una Constitución, habrá que tener en cuenta los aspectos formales o procedimentales del texto (su formalización jurídica como Tratado Internacional y el encaje del poder constituyente, o los mecanismos de aprobación, revisión o la cláusula de retirada) y los materiales o sustantivos (separación de poderes, imperio del Derecho, y protección de los derechos y

<sup>610</sup> Esta idea ya había sido planteada, entre otros, por el antiguo Primer Ministro francés, Lionel Jospin, o por Marcelino Oreja, *vid.* JOSPIN, Lionel: “El futuro...”, p. 823 y OREJA AGUIRRE, Marcelino: “En busca de...”, p. 101. En sentido similar iría la propuesta lanzada, en forma de contribución, por varios miembros y observadores de la Convención (CONV 658/03).

<sup>611</sup> ALDECOA LUZÁRRAGA, Francisco: “Primeros...”, p. 24.

<sup>612</sup> En algunos estados porque su ordenamiento constitucional lo prohibía (caso de Alemania) y en otros por temor a un posible rechazo. Esta situación produciría una legitimidad reforzada para algunos estados (los que la ratificaran por *referendum*) pero no para todos. Por ello el entonces Primer Ministro belga Verhofstadt proponía “organizar un *referendum*, para que todos los ciudadanos de los estados miembros que vayan a participar tengan la oportunidad de decidir sobre ello [...] en un “día del *referendum* europeo”, es decir, debería tener lugar en el mismo día y con el mismo horario en todas partes [...]”, VERHOFSTADT, Guy: *Los Estados Unidos de Europa*, Santiago de Compostela, Universidade de Santiago de Compostela, 2006, p. 103.

<sup>613</sup> *Vid.* ALDECOA LUZÁRRAGA, Francisco: “Primeros...”, p. 24.

libertades, a los que habría que unir el principio democrático y el de división territorial del poder)<sup>614</sup>.

Ahora bien, con carácter preliminar conviene aclarar nuevamente que las conclusiones a las que finalmente lleguemos están vinculadas a una determinada concepción constitucional; por ello, partiendo de un enfoque diferente al nuestro sería posible alcanzar un corolario distinto. No en vano, resulta innegable que si bien el constitucionalismo tiene unos rasgos comunes a todo contexto y situación, es evidente que dentro de los propios estados miembros de la Unión se pueden apreciar diferentes tradiciones constitucionales y variaciones conceptuales enraizadas en el devenir histórico (*Rechtsstaat*, *régime administratif* o *rule of law*) que, aunque matizadas hoy en día, todavía explican por qué una revisión de la arquitectura comunitaria bajo la rúbrica del constitucionalismo tiene una dificultosa comprensión, incluso cuando el uso del término Constitución dejó de considerarse tabú después de la *Declaración de Laeken*<sup>615</sup>.

#### A. Aspectos formales

El presente texto, al que a lo largo del presente trabajo nos referimos como Tratado Constitucional o Constitución Europea, se denomina a sí mismo *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*<sup>616</sup>. No obstante, “la autocalificación de un

---

<sup>614</sup> De hecho, Matteucci articula el moderno constitucionalismo alrededor de cinco ejes fundamentales: la idea de Constitución escrita, poder constituyente, declaración de derechos, separación de poderes y control de constitucionalidad, *vid.* MATTEUCCI, Nicola: *Lo Stato Moderno. Lessico e percorsi*, Bolonia, Il Mulino, 1997, p. 128. Desde nuestro enfoque, no consideramos esencial el hecho de que la Constitución esté escrita (requisito que se cumple con el Tratado Constitucional, pero que no impedía que ya antes pudiéramos hablar de Constitución en sentido material) y la cuestión del poder constituyente (entendida en su acepción continental tradicional) no sería para nosotros una condición *sine qua non* para hablar de Constitución.

<sup>615</sup> De hecho, para parte de los miembros de la Unión, el término Constitución se reserva a un instrumento legal, formalizado y escrito que ocupa el vértice de la jerarquía normativa y cuya revisión está sujeta a un procedimiento específico; sin embargo, otros estados, como Holanda, parten de un uso más amplio que incluye la “Carta del Reino”, regulación orgánica, jurisprudencia, convenciones constitucionales o partes de derecho supra e internacional, especialmente Derecho Comunitario y el Convenio Europeo de Derechos Humanos, *vid.* DUTHEIL DE LA ROCHERE, Jacqueline - PERNICE, Ingolf: “European Union Law...”, pp. 3-6.

<sup>616</sup> Para Mangas Martín esta autodenominación supone “[...] un cierto exceso verbal y conceptual, jurídica y geográficamente hablando [...]. El Continente europeo es más amplio que la Unión Europea”, si bien esta profesora reconoce acertadamente el simbolismo de “[...] esas divinas palabras de «Constitución europea»; o parafraseando la famosa obra de teatro de Oscar Wilde *«la importancia de llamarse Constitución»*”, MANGAS MARTÍN, Araceli: *La Constitución...*, pp. 18-19.

texto normativo no es en absoluto decisiva a la hora de determinar su naturaleza<sup>617</sup>, y más si en la propia denominación aparecen dos términos *a priori* diferentes: Tratado y Constitución. Por consiguiente, comenzaremos este examen de naturaleza constitucional abordando primeramente los aspectos formal-procedimentales, para lo que tomaremos como referencia tres parámetros: la forma de elaboración, los procedimientos de ratificación y de revisión, y la posibilidad de retirada.

1) Poder constituyente y forma de elaboración. De modo paralelo a la construcción teórica prevista en el apartado primero del art. I-1 TC, por la que la Constitución nacida de “la voluntad de los ciudadanos y de los Estados de Europa de construir un futuro común, crea la Unión Europea”, este Tratado Constitucional, a diferencia de los hasta entonces vigentes Tratados comunitarios, no nacía simplemente de las negociaciones entre los Jefes de Estado y de Gobierno de los distintos países de la Unión. Por el contrario, como ya hemos comentado en páginas precedentes, era fruto de un largo proceso capitaneado por una Convención Europea que redactó un proyecto constitucional.

Cierto es que no podemos afirmar que la Convención fuera una clásica asamblea constituyente elegida con un mandato a tal efecto; de hecho, ésta es una de las críticas que frecuentemente se han hecho de la Convención y del Tratado Constitucional<sup>618</sup>. No obstante, conviene tener presente que el Prefacio del proyecto de Constitución Europea elaborado por la Convención recordaba que “la Declaración de Laeken planteaba asimismo la cuestión de si la simplificación y reorganización de los Tratados no deberían preparar el terreno para la adopción de un texto constitucional”, para proseguir a continuación “al final, los trabajos de la Convención han culminado en la elaboración de un proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa”.

<sup>617</sup> Díez-PICAZO GIMÉNEZ, Luis María: *Constitucionalismo...*, p. 83. El modelo comparativo que a continuación se expone, relativo a los procedimientos de aprobación, revisión y retirada en los tratados internacionales y en las constituciones, se basa en esta misma obra, *ibidem*, pp. 87-104.

<sup>618</sup> Así, Monedero afirmaba que “[...] se ha pretendido ocultar con el nombre de Convención la ausencia del requisito constitucional evidente de una Asamblea Constituyente, elegida por sufragio universal, que elabore el texto constitucional en un Parlamento constituyente que represente la soberanía popular”, MONEDERO, Juan Carlos: “La Constitución destituyente de Europa. (La zanahoria europeísta y el palo neoliberal)”, en Monedero (editor), *La Constitución destituyente de Europa. Razones para otro debate constitucional*, Madrid, Catarata, 2005, p. 31. En sentido semejante, Chávarri rechazaba el carácter constituyente de la Convención, siendo ello uno de los motivos por los que calificaba al texto de Tratado y no de Constitución, *vid.* CHÁVARRI ARICHA, Antonio E.: *Respuestas a la Constitución Europea*, Madrid, Foca, 2005, pp. 11-14.



Por ello, aunque en puridad Laeken no establecía un mandato expreso para que la Convención elaborase una Constitución, implícitamente mencionaba la necesidad de una Constitución Europea y se diseñaba un órgano (la Convención) encargado de reformar la estructura comunitaria que podría desembocar en la elaboración de un texto constitucional, lo que acabaría siendo aceptado por sus propios miembros, así como por los gobiernos de los estados miembros<sup>619</sup>. En suma, podría decirse que, aunque no de forma expresa, Laeken sí proporcionó una conexión necesaria para poder mandar a la Convención la redacción de una Constitución, vinculación que se reafirmaba en el Preámbulo del Tratado Constitucional, al recoger expresamente “AGRADECIDOS a los miembros de la Convención Europea por haber elaborado el proyecto de esta Constitución en nombre de los ciudadanos y de los Estados de Europa”.

En cuanto a la Convención, no puede decirse que fueran los *Estados Generales de Francia* reunidos en 1789, pero de sus 105 miembros titulares, 72 tenían un mandato parlamentario (entre representantes del Parlamento Europeo y Parlamentos Nacionales) y, por tanto, eran representantes de la ciudadanía europea. Esta Convención fue un órgano con una legitimación ampliamente democrática, transparente y plural, y la posterior CIG, más opaca en sus actuaciones, pero con toda la legitimidad política de estar conformada por representantes de gobiernos elegidos democráticamente y de ser el instrumento procedimental previsto para la reforma de los actuales Tratados, mantuvo el proyecto convencional en un 90% del texto final<sup>620</sup>, incluyendo sólo algunas modificaciones referidas en su mayor parte al ámbito institucional y que, en líneas generales, mejoraron la posición de España, como en la configuración definitiva de la mayoría cualificada.

<sup>619</sup> El epígrafe señalado de la *Declaración de Laeken* es suficientemente significativo: “el camino hacia una Constitución para los ciudadanos europeos”. Amato, a la sazón vicepresidente de la Convención, reconocía que el mandato de la Convención no autorizaba a elaborar una Constitución, pero que la “presión democrática” procedente de los distintos estados y de la sociedad civil cambió ese mandato, previsto inicialmente para “simplificar y reestructurar los tratados básicos de la UE”, AMATO, Giuliano: “El futuro...”, p. 15. Podemos echar la vista doscientos años atrás y recordar como “El mandato explícito de la Convención de Filadelfia era estudiar y proponer las reformas necesarias para que el pacto confederal [...] mejorara en su funcionamiento práctico”, no redactar de forma expresa una Constitución, DíEZ PICAZO-GIMÉNEZ, Luis María: *Constitucionalismo...*, p. 89. Así pues, sería la propia dinámica de la Convención norteamericana la que llevaría a elaborar la *Carta Magna*, del mismo modo que la Convención Europea, sobre la base de reorganizar el *mare magnum* de Tratados vigentes, acabaría haciendo una Constitución. En sentido similar, *vid.* GORING, Randi: “Requirements...”, p. 2.

<sup>620</sup> Conforme a lo dicho por el Presidente de la Convención sobre el texto final elaborado por este órgano. Además, apuntaba Giscard, serían coincidentes 13.500 palabras de un total de 14.800. Conviene recordar que estas declaraciones fueron realizadas antes de los ajustes técnicos que culminaron en el texto definitivo rubricado el 29 de octubre de 2004, aunque a los efectos que ahora se apuntan, mantenían toda su virtualidad.

Además, y aunque no aceptásemos este carácter cuasi-constitucional que la Convención tuvo *de facto*, podría entenderse que existe un poder constituyente fáctico formado por diversos sujetos que realizarían esas funciones constituyentes: los estados, el Tribunal de Justicia, los tribunales constitucionales, la propia Convención Europea o incluso los agentes económicos que se benefician de la Unión<sup>621</sup>. Por otro lado, ya hemos visto en el Capítulo Primero que, desde nuestra óptica constitucional, poder constituyente y asamblea constituyente (en su sentido clásico) no son requisitos imprescindibles para hablar de Constitución, como demuestran otras constituciones aceptadas como tales y elaboradas con menor legitimidad constituyente y democrática que la Convención, como la Ley Fundamental de Bonn, redactada bajo los designios de las potencias que al final de la Segunda Guerra Mundial ocupaban Alemania.

2) Ratificación y revisión. A lo largo del presente trabajo ya hemos visto como el texto preveía procedimientos de revisión y ratificación unánimes (arts. IV-443, IV-444, IV-445 y IV-447 TC)<sup>622</sup>. La cuestión sería determinar si este supuesto general de ratificación y revisión por unanimidad de todos los estados miembros tendría una naturaleza intergubernamentalista que lo hiciera incompatible con el ámbito político-constitucional.

Respecto de la aprobación, es indudable que todo Tratado Internacional requiere el consentimiento de las partes; pero resulta igualmente claro para Díez-Picazo que “la aprobación de una constitución federal allí donde no existe una unidad jurídica previa exige el consentimiento de todos los Estados afectados”<sup>623</sup>. De hecho, este autor recordaba lo previsto en el artículo VII de la Constitución norteamericana de 1787 (que no exigía la totalidad de ratificaciones estatales para entrar en vigor, pero sólo entraría en vigor para los estados que la ratificaran y no para los demás) o en la Constitución

<sup>621</sup> Vid. CAMISÓN YAGÜE, José Ángel: “La Sentencia del *Bundesverfassungsgericht* sobre el Tratado de Lisboa como “hoja de ruta constituyente” de la Unión Europea, *Revista Universitaria Europea*, nº 14, (2011), pp. 99-100.

<sup>622</sup> Con el matiz surgido de la ambigua disposición recogida en el art. IV-443.4 TC y en la Declaración anexa al Acta Final.

<sup>623</sup> Díez-PICAZO GIMÉNEZ, Luis María: *Constitucionalismo...*, p. 94. Distinto sería el caso de la Ley Fundamental de Bonn, que entró en vigor para toda Alemania, incluyendo Baviera, a pesar de que este último *Land* no ratificó la Constitución; no obstante el mismo autor consideraba que esto fue posible porque se “partió del presupuesto de que el poder constituyente residía en el pueblo alemán en su conjunto” no necesitando el consentimiento previo de todos los *Länder*, *ibidem*.

suiza de 1848 que instauró la federación (y necesitaba ser ratificada por todos los Cantones).

En lo que se refiere a la modificación o revisión de constituciones y tratados internacionales, la regla general relativa a las constituciones exige su reforma por mayoría cualificada, ya sea de los estados federados como el caso norteamericano o con la aprobación del órgano de representación estatal como en Alemania. En relación con los tratados internacionales, la concepción tradicional podría llevarnos a pensar que su revisión habría de ser unánime, lo que sin embargo no es más que un producto de la aplicación de la regla supletoria del art. 40 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. De esta forma, resultaba perfectamente lícito que un Tratado Internacional dispusiera en su texto un procedimiento de revisión diferente al de la unanimidad, con lo que tampoco aquí habría una diferencia relevante respecto de las constituciones<sup>624</sup>.

3) Cláusula de retirada. La posibilidad de que alguno de los estados de la Unión se retirase de la misma es recogida en el art. I-60 TC por primera vez, al no aparecer de modo expreso en los anteriores Tratados comunitarios<sup>625</sup>. Esta opción se reconoce sin demasiados problemas respecto de los tratados internacionales (aunque habría de ejercitarse conforme a los arts. 54, 56 y 60 de la Convención de Viena) a la vez que se niega para las constituciones federales. Sin embargo, aunque escasos, existían ejemplos de constituciones que reconocían este derecho, como las de la extinta Unión Soviética<sup>626</sup> y Yugoslavia, o lo admiten a través de la *praxis* constitucional y la jurisprudencia, como la antigua Checoslovaquia, Canadá respecto de Quebec o, como se está debatiendo en la actualidad, el Reino Unido en relación con Escocia.

Por tanto, una vez examinados estos tres parámetros, puede concluirse que a efectos formales no existe una clara separación entre constituciones y tratados internacionales; es más, una Constitución lo puede ser bajo diferentes formas: leyes

---

<sup>624</sup> En un sentido similar se había manifestado Oreja al comentar los problemas de las CIGs, *vid.* OREJA AGUIRRE, Marcelino: “En busca de...”, p. 96.

<sup>625</sup> Aunque *de facto* esta posibilidad se había reconocido en el Reino Unido con la celebración de un *referendum* sobre su permanencia en la Unión en 1975 cuando ya era un Estado miembro; además, parecía acompañar el espíritu del Tribunal Constitucional alemán en su célebre sentencia sobre el Tratado de Maastricht.

<sup>626</sup> El art. 17 de la Constitución soviética de 1936 decía expresamente que “cada república federada conserva el derecho de separarse libremente de la URSS”.

(Israel), leyes de otro país (la antigua Constitución canadiense hasta 1982), no estar formalizada en un único texto (Reino Unido o la Constitución en sentido material de la UE) o tener la forma de Tratado Internacional (*Artículos de la Confederación norteamericana*, Constitución alemana de 1871, o la Constitución chipriota de 1959<sup>627</sup>).

Así pues, no detectamos impedimentos insalvables para denominar al Tratado Constitucional como Constitución una vez examinados los rasgos formales y procedimentales, si bien es verdad que el mecanismo de revisión escogido y la cláusula de retirada voluntaria lo acercan más en estos aspectos a los tratados internacionales<sup>628</sup>. Además, como dice López Castillo “[...] salvo que no se conciba su emergencia fuera de un proceso revolucionario a la manera en que históricamente aparece a finales del s. XVIII, nada sustancial se opone a que un Tratado devenga en Constitución. La experiencia histórica así lo indica y en el proceso de integración europea se ha avanzado tanto en la «constitucionalización» de los Tratados que ahora nos estamos planteando justamente esa eventualidad”<sup>629</sup>.

## B. Aspectos materiales

Una vez analizados los parámetros formales, corresponde valorar si el Tratado Constitucional reunía los requisitos sustanciales necesarios para hablar de Constitución, no en vano es el contenido el elemento que dota a toda *Carta Magna* de constitucionalidad<sup>630</sup>. Para ello utilizaremos los siguientes elementos: separación de

<sup>627</sup> El ejemplo de Chipre resulta esclarecedor: su Constitución fue impuesta por el Tratado de Zurich de 1959 entre Grecia y Turquía y el posterior Tratado de Londres. No hubo consentimiento del pueblo o de sus representantes, así que tanto la Constitución como su parcial independencia e integridad se basaban más en el Derecho Internacional que en un contrato social, *vid.* DUTHEIL DE LA ROCHERE, Jacqueline - PERNICE, Ingolf: “European Union Law...”, p. 4. Se pueden criticar estos casos argumentando que son poco significativos o de confederaciones que, o bien desaparecieron, o se transformaron en estados federales; no obstante, serían supuestos que efectivamente se han producido y que podrían volver a suceder; además, la Constitución de la Unión no pretende ser similar a una estatal, porque ella misma no es un Estado, de modo que no se puede entender conforme a una concepción constitucional de corte estatista.

<sup>628</sup> Estos dos supuestos (posibilidad de retirada y unanimidad para la revisión) son las piezas capitales que Mangas Martín utilizaba para afirmar que “el Tratado constitucional se parece a una constitución; pero no es una verdadera constitución, sino un tratado internacional constitutivo de una avanzada y atípica organización internacional”, apuntando que “nunca se había afirmado en los Tratados europeos de los años cincuenta a noventa la condición de la permanencia de los Estados soberanos e independientes”, MANGAS MARTÍN, Araceli: *La Constitución...*, pp. 20-21. De hecho, proseguía la misma profesora, en la “IV Parte apenas se utiliza en tres ocasiones [...] el término de *Constitución*, frente a las 27 veces que utiliza la expresión «*presente Tratado*»”, p. 43.

<sup>629</sup> LÓPEZ CASTILLO, Antonio: *La Constitución de Europa a debate...*, p. 28.

<sup>630</sup> *Vid.* Díez-PICAZO GIMÉNEZ, Luis María: *Constitucionalismo...*, p. 105.

poderes, protección de los derechos fundamentales, imperio del Derecho, principio democrático, y modelo de distribución territorial del poder.

1) Separación de poderes. Ciertamente es que no se puede hacer una comparación entre la división de poderes de los estados democráticos y la imposibilidad de identificar una determinada institución y una específica forma de poder que se da en la Unión Europea. Es decir, no hay una plena correspondencia entre potestades (legislativa, ejecutiva y judicial) y los órganos encargados de ejercerlas (Parlamento, Consejo, Comisión, Tribunal de Luxemburgo e incluso los estados), lo que produce una peculiar y singular separación de poderes: no hay una separación orgánica, sino más bien una separación funcional<sup>631</sup>.

Esta situación, que se daba en los Tratados comunitarios, no debe impedirnos reconocer los progresos en este ámbito del texto rubricado en Roma: el Tribunal de Justicia tendría capacidad para desempeñar la función jurisdiccional en más ámbitos (como algunos aspectos de la CPJMP escasamente controlados hoy) y el Parlamento Europeo, a través de la codecisión, podría ejercitar la capacidad legislativa en la práctica totalidad de las competencias atribuidas a la Unión; de la misma forma, figuras como el Presidente del Consejo Europeo (que no nos satisface especialmente) dificultan todavía más que el poder esté concentrado, al tiempo que sirven de contrapeso a otras como el Presidente de la Comisión. Es verdad que hay aspectos básicos del parlamentarismo que siguen siendo inexistentes, como la disolución del Parlamento por el Presidente de la Comisión, la posibilidad de censura del Consejo a la Comisión<sup>632</sup> o la iniciativa legislativa del Parlamento Europeo<sup>633</sup>, pero ello no implica la inexistencia de la separación de poderes en el seno de la Unión; además, no podemos obviar que

---

<sup>631</sup> Vid. MANGAS MARTÍN, Araceli - LIÑÁN NOGUERAS, Diego J.: *Instituciones...*, 2010, p. 171. Este equilibrio institucional supondría para algunos autores, como Craig, el sello diferenciador en la toma de decisiones de la Comunidad, vid. CRAIG, Paul: "Constituciones...", p. 250.

<sup>632</sup> Vid. Comunicación de la Comisión sobre el futuro de la Unión Europea, de 4 de diciembre de 2002, que contenía una propuesta de Constitución a iniciativa de Romano Prodi, donde se preveía que el Consejo Europeo podría censurar a la Comisión.

<sup>633</sup> El procedimiento legislativo ordinario previsto en el art. III-396 TC pone en pie de igualdad al Parlamento y al Consejo a la hora de adoptar los actos de naturaleza legislativa, si bien la iniciativa por regla general partiría de la Comisión. La capacidad de iniciativa del Parlamento seguiría siendo, por tanto, reducida, limitándose normalmente a aspectos de carácter interno como la determinación de su propia composición (art. I-20.2 TC). Ahora bien, aunque los Parlamentos estatales gozan de la facultad de iniciativa legislativa (articulada en España a través de las proposiciones de ley previstas en los arts. 87 y 89 de la Constitución) la realidad demuestra que la gran mayoría de la legislación emana de la iniciativa de los gobiernos respectivos.

numerosos estados miembros de la Unión tienen hoy modelos (parlamentarios, presidencialistas o híbridos) en los que la relación entre los poderes es diferente a la clásica y la posición de sus respectivos legislativos no es mucho mejor a la del Parlamento Europeo.

2) Protección de los derechos fundamentales. Con anterioridad a la elaboración del Tratado Constitucional, los derechos y libertades se encontraban garantizados en el ámbito europeo, puesto que como vimos al hablar de la Constitución material de la Unión Europea, ya estaban siendo protegidos desde hace décadas como llegó a reconocer el propio Tribunal Constitucional alemán en la sentencia *Solange II*<sup>634</sup>; protección articulada fundamentalmente a través de la labor del Tribunal de Luxemburgo<sup>635</sup> y el propio art. 6.1 TUEa reconocía expresamente el “respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales” en el ámbito de la Unión.

No obstante, el Tratado Constitucional clarifica la situación integrando la Carta de los Derechos Fundamentales conforme al apartado primero del art. I-9, lo que servía de instrumento para constitucionalizar el texto dotándolo, al menos simbólicamente, de uno de los pilares esenciales del constitucionalismo, mejorando igualmente la apreciación del imperio del Derecho. Al tiempo, el apartado segundo de esta disposición crea una base jurídica para que la Unión se adhiera al CEDH de Roma (negada con anterioridad por el TJCE en el *dictamen 2/94*), y el apartado tercero mantiene la línea del art. 6.2 TUEa de integrar como principios generales del Derecho de la Unión los derechos fundamentales que garantiza el CEDH y los emanados de las tradiciones constitucionales comunes.

3) Imperio del Derecho. Como ha señalado el Tribunal de Justicia, la Unión Europea es una Comunidad de Derecho<sup>636</sup> donde se desarrolló una aceptable sujeción de

<sup>634</sup> A través de esta sentencia de 1986 el Tribunal de Karlsruhe consideraba adecuada para los estándares alemanes la protección de los derechos fundamentales desarrollada a nivel comunitario.

<sup>635</sup> No procede ahora recoger esta amplia jurisprudencia; sólo recordamos algunas especialmente relevantes como la *Internationale Handelsgesellschaft* (1970) y *Nold* (1974). Además, como ya hemos expuesto anteriormente, el sistema de protección se había enriquecido con las mejoras derivadas de los Tratados (con libertades que iban más allá de las de naturaleza económica), con los derechos y libertades derivados de los principios comunes a los estados miembros, así como con la actuación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y algunos altos tribunales nacionales.

<sup>636</sup> *Vid.* sentencia *Los Verdes* (1986) ya referenciada en este trabajo.

los poderes públicos al Derecho<sup>637</sup> a partir de preceptos como el art. 230 TCE. En este punto, inevitablemente relacionado con los dos anteriores (en especial, con la protección de los derechos y libertades) y sobre la base de los elementos comunes a las diferentes modalidades del imperio del Derecho<sup>638</sup>, resulta conveniente reseñar una serie de mejoras formalizadoras respecto de la actual situación.

Así, el art. 230 TCE se trasladaría al Tratado Constitucional (art. III-365) mejorando la posición de organismos como el Comité de las Regiones; en este sentido, como ya reflejamos con anterioridad, el art. III-376 también eliminaba trabas al Tribunal de Luxemburgo respecto a actos derivados de la CPJMP. El Tratado Constitucional recoge igualmente en el art. I-2 la formulación genérica del Estado de Derecho que realizaba el Tratado de la Unión Europea, trasladando otras referencias previstas en este Tratado a artículos como el I-9.3 TC (los derechos fundamentales garantizados por el Convenio de Roma de 1950 y los derivados de las tradiciones constitucionales de los estados se integrarían en el Derecho de la Unión como principios generales), el I-19.2 (respeto a los límites competenciales de cada institución) o el I-29.1 (Tribunal de Justicia como garante del respeto del Derecho).

Pero además, el texto constitucional hacía expresas otras garantías que no podíamos encontrar de forma explícita en los Tratados entonces vigentes (como los principios procesales del Título VI de la Carta de los Derechos Fundamentales, el derecho a una buena administración del art. II-101 o el acceso a los documentos de la Unión previsto en el art. II-102), introducía un precepto relativo a la transparencia de las instituciones de la Unión (art. I-50 TC, con sesiones públicas del Consejo al deliberar y votar sobre un proyecto de acto legislativo), simplificaba los actos e instrumentos normativos para que fueran más comprensibles e incluso hacía mejoras terminológicas, al referirse como regla general a las “instituciones, órganos y organismos de la Unión”,

<sup>637</sup> Como muestran las comentadas sentencias *Los Verdes* y *Foto-Frost* (1987) que reconocían respectivamente la existencia de un control de legalidad (evitando la indefensión ante actos de las instituciones comunitarias) e, incluso, de constitucionalidad (admitiendo la *judicial review*); en sentido similar el *dictamen* 1/91 de 14 de diciembre. De esta forma podría decirse que, si bien al inicio de las Comunidades la sumisión del poder al Derecho no estaba muy desarrollada, el trabajo del Tribunal de Justicia ha permitido configurar un modelo perfectamente equiparable al de un Estado medio.

<sup>638</sup> Resulta significativo que Pereira Menaut consideraba que “[...] si en el futuro próximo se aprueba una Constitución para la Unión Europea que incorpore con carácter aplicable la actual Carta europea de Derechos, las dos formas de Imperio del Derecho se aproximarán todavía más; con ventaja, en este supuesto, para el *Rechtsstaat*, porque la Carta representa desde su origen un triunfo de la concepción alemana de los derechos [...], PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos: *Rule of Law...*, p. 112.

frente a la referencia, hasta entonces habitual, de dirigirse únicamente a las “instituciones”, lo que aumenta considerablemente el control de todo el entramado institucional comunitario, aunque no tenga formalmente el *status* de institución.

4) Principio democrático. Ya hemos visto que la democracia no fue un fundamento primario del constitucionalismo de raíz liberal, e incluso ambos conceptos han tardado en ir paralelos: “la historia suministra ejemplos de comunidades políticas con un apreciable grado de sumisión del poder al Derecho pero sin un similar grado de participación ciudadana, libertades constitucionales o separación entre los poderes”<sup>639</sup>.

Ahora bien, la realidad actual impide enjuiciar sustantivamente el carácter constitucional de un texto si no tiene una buena base de principios democráticos. No podemos olvidar, en este sentido, la propia evolución de las Comunidades, en las que se pasó de una Asamblea de parlamentarios nacionales a un Parlamento elegido directamente por la ciudadanía, reconociéndose desde el Tratado de Maastricht, derechos electorales a todo ciudadano de la Unión en los comicios municipales y en las elecciones a la *eurocámara* con independencia del Estado de la Unión en el que residan<sup>640</sup>.

Cierto es que el Tratado Constitucional aún presenta a nuestro juicio carencias importantes, ya que el principio de elección de la representación<sup>641</sup> se cumple sólo parcialmente: los ciudadanos eligen por voto libre, directo y secreto al Parlamento Europeo, pero la capacidad del Parlamento en la elección del Presidente de la Comisión sigue siendo limitada (propone el Consejo Europeo) cuando no inexistente, como en el caso de la novedosa figura del Presidente del Consejo Europeo.

Con todo, hay avances muy esperanzadores: la propia constitucionalización de la Carta de los Derechos Fundamentales tantas veces comentada; una definición de la

<sup>639</sup> PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos: *Rule of Law...*, p. 23. Este autor apuntaba que, por causa de su tamaño, la dimensión democrática de la Unión no podrá crecer demasiado, por lo que sería más conveniente centrar los aspectos democratizadores en los propios estados; por el contrario, consideraba que la Comunidad era relativamente liberal, *vid.* PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos: “Invitación...”, pp. 211-212.

<sup>640</sup> *Vid.* art. 19 TCE relativo al derecho de sufragio pasivo de los ciudadanos de la Unión en las elecciones municipales y al Parlamento Europeo, que supuso la modificación del art. 13.2 de la Constitución española añadiéndose el inciso “y pasivo”.

<sup>641</sup> Derivado del antiguo principio anglosajón *no taxation without representation*.



mayoría cualificada más democrática (aunque menos clara que la derivada de la Convención); la redacción del Título VI de la Parte I, al que ya nos hemos referido, relativo a la vida democrática de la Unión y que consagra, entre otras cosas, el principio de igualdad de los ciudadanos, la transparencia y proximidad en la toma de decisiones o la posibilidad de iniciativa legislativa popular; o los mecanismos recogidos en los arts. II-99 y II-100 del Tratado Constitucional sobre el derecho de sufragio. Además, no podemos olvidar la mejora del papel de los Parlamentos Nacionales en el funcionamiento de la Unión y en el control del principio de subsidiariedad y proporcionalidad (sobre esto volveremos en el Capítulo Cuarto).

5) Modelo territorial de división del poder. En puridad, esta característica no es necesaria, *stricto sensu*, para hablar de Constitución, pero cuando estamos ante una comunidad política compuesta como la UE, aparecen ciertos elementos imprescindibles que se unen a la vertiente liberal (separación de poderes, imperio del Derecho, derechos y libertades) y a la democrática<sup>642</sup>.

El texto constitucional consagra principios de corte federal ya presentes en los Tratados comunitarios, como la subsidiariedad (art. I-11.3 TC) o la lealtad comunitaria (art. I-5.2 TC), y explicita otros de gran importancia, ausentes hasta entonces de los Tratados, como el principio de primacía de la Constitución y el Derecho de la Unión (art. I-6 TC) o la preclusión por la que, *de facto*, las competencias compartidas entre la UE y los estados pueden acabar convirtiéndose en exclusivas de aquélla (art. I-12.2 TC). Incluso, con matices, podría decirse que también se ha progresado en la creación de una estructura institucional de tipo federalizante: el Tribunal de Justicia se consolida como órgano de resolución de las controversias entre las instituciones europeas y los estados; el bicameralismo federal clásico, con una cámara para los pueblos y otra para la representación de las entidades territoriales, si bien aún encuentra dificultades<sup>643</sup>, presenta avances con el fortalecimiento del Parlamento Europeo, la generalización de la codecisión y la extensión de la mayoría cualificada en el seno del Consejo. Así, el marco legislativo general vendría dado por actos emanados del Parlamento y del

---

<sup>642</sup> Vid. CANCELA OUTEDA, Celso: *El proceso de...*, pp. 188-189.

<sup>643</sup> De hecho, se puede recordar la desaparición en el transcurso de la Conferencia Intergubernamental del Consejo Legislativo previsto en el art. 23.1 del proyecto de la Convención, ante el veto de los sectores menos federalistas de la Unión.

Consejo (al que se dota de carácter público y rasgos propios al ejercer la función legislativa) en teórica igualdad de condiciones.

Así pues, conforme a lo expuesto, podemos admitir que el *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*, con todos los matices y peculiaridades que hemos visto, posea verdadera naturaleza constitucional: su contenido lo confirma, mientras que su forma como Tratado Internacional no lo impide<sup>644</sup>, aunque para ello debemos desprendernos de prejuicios como la tradicional correspondencia entre Estado y Constitución<sup>645</sup>. Por ello podemos compartir la aseveración de Pizzorusso conforme a la que “de Constitución europea se puede hablar...no sólo en el sentido puramente descriptivo...sino también en el sentido más específico con que este término ha sido empleado, desde hace poco más de dos siglos a esta parte, para indicar una institución política perteneciente a una categoría, que tiene (al menos hasta ahora) su tipo principal en el «estado moderno», *pero que nadie dice que no pueda comprender también a instituciones más o menos distintas de aquél*”<sup>646</sup>.

<sup>644</sup> En esta línea, para Pérez Tremps el proyecto de la Convención (y hacemos extensiva su reflexión al Tratado Constitucional finalmente salido de la CIG) era formalmente un Tratado (que se aprobaría por la vía del art. 93 de la Constitución) aunque materialmente sería algo más: existía el deseo de tener algo cualitativamente distinto a una Organización Internacional (como quedó patente en Laeken, con el empleo del método convencional o la propia denominación como Constitución) y, además, el contenido del texto avanzaba significativamente respecto a la situación anterior, en los dos aspectos materiales que identifican al constitucionalismo: la garantía de los derechos fundamentales (con la incorporación de la CDF) y la separación de poderes (aunque menos que los derechos, también salieron fortalecidos el Parlamento Europeo y los Parlamentos Nacionales), *vid.* PÉREZ TREMPs, Pablo: “La Constitución Española ante la Constitución Europea”, en Albertí Rovira (director) - Roig Molés (coordinador), *El Proyecto de nueva Constitución Europea. Balance de los trabajos de la Convención sobre el futuro de Europa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 487-495. En sentido contrario, Ruiz Miguel negaba que la Constitución Europea cumpla con los requisitos para ser calificada de Constitución: no sería “norma suprema” porque sus procedimientos de aprobación y revisión eran los propios de los tratados internacionales; no emanaba de “un poder soberano” puesto que la Convención no fue elegida directamente por los ciudadanos e hizo únicamente un borrador; la separación de poderes sería insuficiente; la Parte II (CDF) carecería de utilidad porque la Unión no tendría competencia para la protección de dichos derechos; y además, España perdería poder en el Consejo de Ministros, *vid.* RUIZ MIGUEL, Carlos: “Análisis crítico de la pseudo-constitución europea”, Grupo de Estudios Estratégicos GEES, nº 241, (2005).

<sup>645</sup> Como bien exponía Pérez Tremps, “volvemos a preguntarnos que es una constitución, porque el nuevo texto viene a cuestionar la concepción tradicional de la constitución como norma jurídica suprema vinculada a una realidad política históricamente definida como es el Estado, y volvemos a constatar, y con mayor claridad, que las tradicionales categorías de la Teoría del Estado, de la Teoría Constitucional o del Derecho Internacional difícilmente dan cobertura suficiente para explicar y para explicarnos qué es la Unión Europea”, PÉREZ TREMPs, Pablo: “La Constitución Española...”, p. 486.

<sup>646</sup> PIZZORUSSO, Alessandro: “El difícil camino de la Constitución Europea”, en *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente*, CEPc, Madrid, 2003, vol. II, p. 1359, citado de JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael: “El Proyecto de «Constitución Europea» y el sistema de fuentes del Derecho”, en Albertí Rovira (director) - Roig Molés (coordinador), *El Proyecto de nueva Constitución Europea. Balance de los trabajos de la Convención sobre el futuro de Europa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 280. Ahora bien, como exponía López Castillo, esta Constitución Europea

En realidad, la denominación como Tratado Constitucional, que es la que venimos empleando a lo largo de este estudio, sea probablemente la que mejor se adapta a las singulares circunstancias del texto, tal y como reflejó Amato una vez que la Convención hubo terminado sus trabajos<sup>647</sup>.

Este Tratado Constitucional, frente al carácter no formalizado, fragmentario, incompleto y disperso de lo que en su momento estudiamos y denominamos como Constitución material europea, formalizaba un texto constitucional que era incluso demasiado completo. Tendría asimismo un carácter especialmente rígido (habida cuenta de la dificultad para llevar a cabo una reforma constitucional) y una larga extensión (sobre todo, por el afán por constitucionalizar toda la Parte III), detectándose incipientes rasgos codificadores y de consagración de un orden objetivo de valores, aunque no se trataba plenamente de una *norma normarum* ni se atribuía la “competencia de la competencia”<sup>648</sup>. Sería también suprema (con los matices e interpretaciones dadas por los intérpretes constitucionales de los estados miembros) y directamente aplicable, creando derechos y obligaciones para la Unión, los estados y los ciudadanos, lo que nos acerca a un modelo federal. De igual modo, la Constitución consagraba el imperio del Derecho, al tiempo que la peculiar separación de poderes de la Unión (a la que se unían las nuevas figuras del Presidente del Consejo Europeo y del Ministro de Asuntos Exteriores) evitaba su monopolio al mantenerlo dividido en un complejo sistema

---

tendría un “[...] carácter paramétrico, de manera que su efectiva puesta en práctica resultará tanto menos cuestionada cuanto más notoria parezca la aproximación de sus estándares (materiales y procesales) a los que en el marco de sus respectivos órdenes constitucionales vayan desarrollando sendos órganos jurisdicciones (y constitucionales) de los Estados miembros”, LÓPEZ CASTILLO, Antonio: *La Constitución de Europa a debate...*, p. 27.

<sup>647</sup> No deja de ser indicativa de la situación, la anécdota recogida por Norman según la que después del acuerdo de 13 de junio de 2003 sobre la Parte I, se le preguntó a Amato si estaba orgulloso de su “criatura”, a lo que el vicepresidente de la Convención contestó que sí, pero que él quería una niña y el resultado era el nacimiento de un niño, recordando que en italiano Constitución es un sustantivo femenino, mientras que Tratado lo es masculino, *vid.* NORMAN, Peter: *The Accidental...*, p. 64.

<sup>648</sup> Estas eran dos cuestiones polémicas. Jiménez Asensio consideraba que el Tratado Constitucional (en puridad hablaba del proyecto de la Convención) sería la norma sobre la producción de normas del Derecho europeo, ya que “define cuáles son los principios de articulación del sistema de fuentes y, en suma, cuál es el modo de producción del Derecho de la Unión Europea”, pero negaba que dispusiera de la “competencia de la competencia”, ya que ésta “sigue residiendo en las Constituciones de los estados miembros que son las que ceden gradualmente el poder”, JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael: “El Proyecto de...”, p. 274 y 280, respectivamente. Ahora bien, si discutible era considerar al Tratado Constitucional como la base de todo el sistema de producción normativa de la Unión, también generaba alguna duda afirmar que la “competencia de la competencia” pertenecía en exclusiva a los estados. En este sentido, merece la pena recordar el comentario de MacCormick, quien, aunque receloso del incremento de los poderes de la Unión, reconocía que, a pesar de que la soberanía no ha sido transferida a la UE, tampoco seguía siendo propiedad de ningún Estado miembro, *vid.* MACCORMICK, Neil: “La sentencia de Maastricht: soberanía ahora”, *Debats*, nº 55, (1996), p. 30.

institucional. Incluso podríamos encontrar explícito *lato sensu* un poder constituyente en el apartado primero del art. I-1, formado por los ciudadanos y los estados de la Unión y, con muchos matices, una asamblea cuasi-constituyente en la Convención Europea. Con todo, esta Constitución no sería similar a la de un Estado, porque la propia Unión Europea tampoco lo es ni lo pretende ser<sup>649</sup>.

Recapitulando, el Tratado Constitucional sería, a nuestro juicio, una verdadera Constitución, sobre todo en las Partes I y II, lo que en sí mismo ya resultaba positivo. En el plano formal, su formalización jurídica como Tratado Internacional, a pesar de elementos tan intergubernamentalistas como el mecanismo de revisión, no suponía un obstáculo insalvable para su configuración como Constitución. En el plano material, el texto tenía contenido constitucional: se mejoraba el imperio del Derecho y la protección de los derechos y libertades con la incorporación de la CDF y la capacidad de adhesión de la Unión al CEDH, se mantenía el poder disperso, y se incrementaba el carácter democrático de la Unión con el consiguiente fortalecimiento del Parlamento Europeo.

## VI. EL FEDERALISMO INTERGUBERNAMENTAL CONSAGRADO POR EL TRATADO CONSTITUCIONAL

Como hemos expuesto en el Capítulo Primero, el modelo vigente en la Unión Europea incluso antes de la elaboración del Tratado Constitucional, podría configurarse como un federalismo intergubernamental. Por ello, aunque sea de modo sintético, abordaremos su encaje y plasmación en el texto constitucional rubricado en Roma, deteniéndonos no sólo en los principales elementos del federalismo intergubernamental presentes en el Tratado Constitucional, muchos de los cuales ya formaban parte del *corpus* de la Constitución material de la Unión, sino también en “la consolidación y aceptación por todos de este modelo político como el propio y singular de la construcción europea [...] de hecho y de derecho, planteándose ahora su profundización pero no sólo como mal menor”<sup>650</sup>.

<sup>649</sup> Vid. OREJA, Marcelino: “En busca de...”, pp. 92-93.

<sup>650</sup> ALDECOA LUZÁRRAGA, Francisco: “Una Europa”..., p. 142. Como decía este autor, “se trata de pasar de una situación transitoria, implícita, que es un mal menor, a una explícita, de reconocimiento de modelo propio que se formaliza a través de un Tratado Constitucional”, *ibidem*, p. 45.

No obstante, pese a esta profundización, la utilización expresa del término “federal” seguía vetada de los textos constitutivos de la Unión: así había sucedido en Maastricht y así volvió a acontecer nuevamente con la sustitución en el art. I-1 del texto definitivo del Tratado Constitucional de la expresión “modelo federal” por “modo comunitario”.

El Tratado Constitucional eliminaba algunos caracteres claramente intergubernamentales como el sistema de pilares, las decisiones por unanimidad o la presidencia rotatoria de la Unión. Esto llevaba en paralelo a que la dimensión federalizante se acentuase, a través del reconocimiento de personalidad jurídica a la Unión (art. I-7 TC), el otorgamiento de fuerza jurídica vinculante a la Carta de los Derechos Fundamentales (art. I-9.1 TC), la categorización de competencias (Título III de la Parte I), la nueva configuración de la mayoría cualificada (art. I-25 TC) que se configura como regla general de adopción de decisiones en el Consejo (art. I-23.3 TC), la simplificación de instrumentos y procedimientos, así como la jerarquización normativa (Título V de la Parte I) o la comunitarización prácticamente completa del antiguo tercer pilar en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (art. I-42 TC).

Dimensión federalizante que también se podía encontrar en preceptos novedosos, como la explicitación del principio de primacía (art. I-6 TC), la cláusula de asistencia mutua (art. I-41.7 TC) o la de solidaridad (art. I-43 TC), o en ámbitos ya existentes en los Tratados vigentes, pero que el Tratado Constitucional mejoraba, como el principio de subsidiariedad y proporcionalidad (art. I-11 y Protocolo anexo), el principio de cooperación leal configurado con su carácter bifronte UE/estados (art. I-5.2 TC), los principios relativos a la cohesión económica, social y territorial (arts. III-220 a III-224 TC) o el principio de vigilancia federal en el que la Comisión tendría un papel fundamental (art. III-360 TC).

No obstante, al mismo tiempo, el Consejo de Ministros se reforzaba más que la propia Comisión y se rechazaba la creación, inicialmente prevista por la Convención, de un Consejo Legislativo equiparable *lato sensu* a una segunda cámara de carácter territorial en un esquema federal clásico. Por consiguiente, seguía perviviendo una naturaleza intergubernamental que abarcaba los ámbitos procedentes de los antiguos segundo y tercer pilar (sobre todo, en el campo de la PESC), que conservaban

innumerables excepciones al procedimiento ordinario de toma de decisiones, o en preceptos a los que ya nos hemos referido, como los que regulaban el procedimiento de revisión, que mantenían su carácter unánime (arts. IV-443, IV-444 y IV-445 TC), o la posibilidad de retirada voluntaria de la Unión (art. I-60 TC).

Por tanto, el Tratado Constitucional consagraba un sistema sustentado en la dualidad y la asimetría, concretado en la generalización y extensión de las cooperaciones reforzadas, a las que el art. I-44 TC eliminaba trabas, siendo incluso admitidas en ámbitos especialmente sensibles como la seguridad y defensa, tal y como consagraba el apartado sexto del art. I-41. Como recordaba Aldecoa, la particularidad del federalismo intergubernamental europeo se reflejaba a través de una pluralidad de vías: los actores, federales unos e intergubernamentales otros; el modelo institucional, constituido por una unidad orgánica pero con dualidades funcionales; la resolución del debate sobre las competencias, que se concretaba en un catálogo que no era federal ni intergubernamental (aunque más cercano a un esquema federalizante, como veremos en el Capítulo Cuarto); o la Política Exterior Común, definida por aquellos ámbitos en los que los estados deseaban cooperar y desarrollar una acción común que sería compatible con las políticas bilaterales nacionales<sup>651</sup>.

En esta línea, el Tratado Constitucional representaba un consenso que incluía “una mezcla de federalismo e intergubernamentalismo, pero a través de soluciones concretas a los problemas planteados, toda vez que ésta es la característica del modelo de federalismo intergubernamental”<sup>652</sup>, manteniendo un equilibrio entre el método federal de integración y la cooperación intergubernamental, que a su vez se institucionalizaba y se incorporaba al propio modelo federal.

Este federalismo intergubernamental consagrado en el Tratado Constitucional, supondría un nuevo estadio en la evolución de un modelo que, como estudiamos en el Capítulo Primero de este trabajo, estaba presente casi desde los orígenes de las Comunidades, evolucionando desde un modelo inverso e implícito a un sistema más directo, explícito y asimétrico<sup>653</sup>.

---

<sup>651</sup> *Vid. ibidem*, pp. 143-144.

<sup>652</sup> *Ibidem*, p. 146.

<sup>653</sup> *Vid. ALDECOA LUZÁRRAGA, Francisco: La integración...*, pp. 408-410.

Directo porque cada vez existe una mayor correspondencia entre la esfera de asuntos que corresponden a la Unión y los que corresponden a los órganos federales en las Federaciones. Así, la Unión entraría en el campo de la alta política a través de la política monetaria (sobre la que tendría competencia exclusiva en virtud del art. I-13 c) del Tratado Constitucional), la comunitarización del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia o, incluso, en la propia política exterior, en las que pese a las expectativas no siempre satisfechas de los más integracionistas, la Unión incrementaba su capacidad de actuación. Probablemente, sería el ámbito económico (en sus vertientes presupuestaria y de fiscalidad) y el social (empleo) el que, como veremos en el Capítulo Tercero, tendría un menor avance, lo que crearía no pocas dificultades a la Unión en el contexto de la crisis económica y financiera que estamos padeciendo.

Explícito no en el sentido de que el vocablo federal aparezca en el texto, cosa que finalmente no se producía, sino en su espíritu: la Unión era creada por la Constitución que, a su vez, nacía de la voluntad de los ciudadanos y de los estados, tendría personalidad jurídica y se eliminaban los pilares, la estructura institucional sería más federal<sup>654</sup>, se hacía expreso el principio de primacía y se establecía una categorización de las competencias sobre la base de lo dispuesto por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

Además, el modelo tendría un marcado carácter asimétrico, pues sería válido para estados unitarios como Francia, federales como Alemania o con autonomías como España o Italia, dando un mayor papel a las regiones, por ejemplo, a la hora de definir y aplicar el principio de subsidiariedad en el marco de la *multilevel governance* al que nos referimos en el Capítulo Primero. Y esa asimetría también se plasmaría en un modelo heterogéneo, donde el ejercicio de las cooperaciones reforzadas se flexibilizaba, a la par que en algunas políticas determinantes (como la Unión Económica y Monetaria) ni todos los estados miembros participaban, ni los que participaban lo hacían en las mismas condiciones.

---

<sup>654</sup> Así, habría menos comisarios que estados miembros, aplicándose un criterio de rotación; más dudas despertaba la creación con carácter estable del Presidente del Consejo Europeo. El papel del Consejo como segunda cámara, al modo federal clásico, había quedado desdibujado con la eliminación del Consejo Legislativo, pero en la práctica esta supresión no alteraría el mecanismo de toma de decisiones con una inspiración federalizante: Consejo y Parlamento legislando a través del procedimiento de la codecisión y en pie de igualdad, con un gran número de materias en las que el Consejo decidiría por mayoría cualificada y no por unanimidad.

Para concluir, debemos advertir también que el Tratado Constitucional no permitía adoptar una conclusión sobre el carácter federal de la Unión; ya advertimos que estábamos ante un nuevo grado en la evolución de un singular federalismo intergubernamental, prematuro y complicado de definir (susceptible de, al menos, tantas interpretaciones como diferentes modelos federales podemos encontrar), porque como decía Wheare, “es obvio que la práctica de la constitución es casi más importante que el derecho de la constitución”<sup>655</sup>.

En todo caso, con o sin Tratado Constitucional, el modelo europeo era abierto y diseñado en gran medida, como incidía Aldecoa, “en el marco de la Federación Europea, si bien ésta podrá tener distinto alcance y desarrollo”<sup>656</sup>. Como hemos visto en el Capítulo Primero, entendemos el federalismo como proceso en sentido amplio que puede concretarse con diversas formulaciones (Federación o Confederación) y modelos (federalismo dual, cooperativo, etc.), siendo el Tratado Constitucional un modelo más y mejor institucionalizado de un federalismo intergubernamental, combinando elementos federales e intergubernamentales y donde, aún con el *freno de mano* puesto, profundiza en tres aspectos con una clara dimensión federal: el pilar democrático (con la CDF y la categorización de competencias), la participación de pueblos y estados (fortaleciendo a los Parlamentos Nacionales e institucionalizando la Convención para sucesivas revisiones), y el principio de subsidiariedad<sup>657</sup>.

## VII. LA COMPATIBILIDAD ENTRE EL TRATADO CONSTITUCIONAL Y LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

La aprobación del Tratado Constitucional y su ratificación en España plantearon algunas dificultades de articulación con el ordenamiento jurídico interno español. La ratificación del Tratado de Maastricht ya había supuesto en su momento un pronunciamiento del Tribunal Constitucional y una reforma limitada de la Constitución. El Tratado Constitucional, y dentro de él, el precepto que consagraba la primacía del Derecho de la Unión (art. I-6 TC), motivarían una nueva declaración del alto tribunal compatibilizando este principio con la *Carta Magna* estatal. No obstante, como se

<sup>655</sup> WHEARE, Kenneth C.: *Federal...*, p. 22. De hecho este autor insiste en diferenciar lo que está escrito en la Constitución (*Federal Constitutions*) de lo que realmente sucede en la práctica (*Federal Governments*), *vid.* pp. 16-34.

<sup>656</sup> ALDECOA LUZÁRRAGA, Francisco: *La integración...*, p. 469.

<sup>657</sup> *Vid. ibidem*, pp. 410-411.



plantea en la parte final de este epígrafe, abogamos por dejar abierta la posibilidad de una reforma constitucional (como había defendido el Consejo de Estado) que permitiría integrar la realidad emanada del Derecho de la Unión en la Constitución de 1978.

#### A. El precedente de Maastricht

La firma del Tratado de la Unión Europea en 1992 supuso, como ya hemos mencionado en este trabajo, un salto cualitativo en el proceso de integración europea: se creaba una Europa más política, con nuevas y mayores competencias, y con una estructura de pilares que le permitía actuar (todavía incidentalmente) en el ámbito exterior y en los denominados asuntos de interior; además, aunque no se hizo de forma explícita, Maastricht dio por supuesto el principio de primacía del Derecho Comunitario<sup>658</sup>, algo que décadas atrás ya había desarrollado el Tribunal de Luxemburgo.

Por ello, a partir de Maastricht, la técnica tradicional por la que las constituciones nacionales convivían con la Unión al tiempo que formalmente la ignoraban ya no sería posible, puesto que resultaba indudable que la soberanía estatal había sido afectada por el *hecho europeo*. En este sentido, el Consejo de Estado exponía en su Informe de 16 de febrero de 2006:

“[...] es a partir de 1990, con las reformas que comienzan a producirse con base en el Tratado de Maastricht, cuando los Estados miembros reaccionan de manera generalizada frente a la progresiva construcción de la Unión Europea. Los procesos de ratificación del citado Tratado pusieron en cuestión la suficiencia de las cláusulas constitucionales en vigor hasta la fecha, tanto por su significación como por la definitiva consolidación, por aquel entonces, de la calificación por parte del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de los tratados como norma constitucional europea, y de la afirmación, sin ambages, de la primacía tanto de los Tratados constitutivos como del Derecho derivado, sin perder de vista en este análisis la reacción de algunos Tribunales Constitucionales, como el alemán y el italiano, frente a las afirmaciones anteriores”<sup>659</sup>.

<sup>658</sup> Vid. RUBIO LLORENTE, Francisco: “El referéndum superfluo y el necesario”, *El País*, 11 de julio de 2003, p. 13. La plasmación de este principio jurisprudencial en los Tratados causaba inquietud en algunos de los miembros, temerosos como el Reino Unido de la reacción de su opinión pública, lo que llevó a que ni las reformas de Ámsterdam ni Niza la reflejaran en la letra del texto. El posterior Tratado de Lisboa volvería a omitir este principio en su articulado.

<sup>659</sup> Informe del Consejo de Estado sobre modificaciones de la Constitución española, aprobado por el Pleno de esta institución el 16 de febrero de 2006, pp. 57-58.

Sería esta situación la que motivó que diversos estados, como Alemania<sup>660</sup> o Francia<sup>661</sup>, hicieran modificaciones sustantivas en sus respectivas constituciones<sup>662</sup>. En España, la cuestión se zanjó con la Declaración 1/1992, de 1 de julio, del Tribunal Constitucional<sup>663</sup>, adoptada como respuesta al requerimiento gubernamental de verificación de la compatibilidad entre el Tratado de la Unión Europea y la Constitución, en particular entre el art. 19 TCE<sup>664</sup> y el art. 13.2 de la Constitución<sup>665</sup>, conforme al control previo de la constitucionalidad de los tratados internacionales previsto por el art. 95.2 de la Constitución y 78 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Nuestro Tribunal Constitucional consideró entonces que la única reforma constitucional imprescindible para ratificar Maastricht era la correspondiente adaptación del art. 13.2 añadiendo el inciso “y pasivo”. El propio tribunal continuó su argumentación con una serie de reflexiones que sustentaban su posicionamiento de considerar suficiente el procedimiento del art. 93 de la Constitución para la ratificación del TUE: dicho artículo no permitiría ceder competencias sino tan sólo el ejercicio de las mismas, por lo que el legislativo sólo puede ceder el ejercicio de competencias

<sup>660</sup> La Constitución germana se reformó en numerosos preceptos haciendo explícita la posibilidad de transferencia de derechos soberanos, al tiempo que salvaguardaba la posición de los *Länder*, modificaba el *Bundesbank*, hacía la obligatoria reforma relativa a las elecciones municipales, e incluso admitía que los Tratados comunitarios llegaran a modificar la Ley Fundamental, *vid.* arts. 23, 28.1.3, 50, 52.3 y 88.2 LFB. A ello habría que sumar el interesante debate sobre la relación entre su Constitución y el Derecho Comunitario, resuelto con la ya referida “sentencia de Maastricht” del Tribunal Constitucional alemán que, si bien posibilitó la ratificación del Tratado, cuestionó alguno de los principios comunitarios que se daban por supuestos, entre ellos la primacía.

<sup>661</sup> A raíz de la Decisión del Consejo Constitucional de 9 de abril de 1992 sobre la incompatibilidad del TUE con la Constitución, se redactó un nuevo Título XV a la *Carta Magna* de 1958; *vid.* arts. 88-1 a 88-4 que oficializaron la participación francesa en Europa, hacían factible futuras transferencias de poderes nacionales, reformaban el derecho de sufragio y buscaban combatir el déficit democrático de las instituciones comunitarias.

<sup>662</sup> Como recuerda el Consejo de Estado, “De los seis Estados fundadores, solo Luxemburgo y los Países Bajos mantienen en su Constitución una visión puramente estatal de esta como orden autónomo, único y supremo, en el cual, sin mencionar de modo expreso el ordenamiento de la Unión Europea, éste o su incorporación no se distinguen de otras posibilidades de incorporación del Derecho internacional al Derecho interno [...]”, Informe del Consejo de Estado sobre modificaciones de la Constitución española, aprobado por el Pleno de esta institución el 16 de febrero de 2006, p. 56. En el mismo documento puede apreciarse un interesante listado de los estados que han realizado reformas constitucionales tras los Tratados de Maastricht, Ámsterdam, Niza o la adhesión de los doce nuevos miembros, pp. 59-63.

<sup>663</sup> Con carácter previo, el Consejo de Estado se había pronunciado en sus Dictámenes 850/91, de 20 de junio, y 421/92, de 9 de abril, en los que se llegó a la conclusión de que el artículo 93 de la Constitución permitía que las Cortes autorizaran la ratificación del Tratado sin reforma constitucional previa.

<sup>664</sup> Antiguo art. 8 B relativo al derecho de sufragio pasivo de los ciudadanos de la Unión en las elecciones municipales.

<sup>665</sup> Este artículo excluía el derecho al sufragio pasivo para los no españoles.

emanadas de la Constitución, pero no disponer de la misma ni de su poder de revisión, que únicamente podría desempeñarse conforme al Título X<sup>666</sup>.

Así pues, la Declaración del Tribunal Constitucional no entró realmente en el fondo de la cuestión: se centró más en las cuestiones procedimentales y en un asunto menor (la modificación del art. 13.2) que en determinar la verdadera naturaleza de la relación entre Constitución y Derecho Comunitario. De ahí el contraste con lo ocurrido en otros estados, pues como acertadamente reflejó Rubio Llorente, “Alemania y Francia, se sintieron ya obligadas a reformarlas (sus constituciones) para salvar la contradicción implícita, que era la importante, no la explícita y trivial que dio lugar a la reforma de la nuestra”<sup>667</sup>. Además, la distinción entre cesión de competencias y cesión de su ejercicio resultaba artificiosa<sup>668</sup>, pasándose de puntillas por el que Díez-Picazo consideraba el auténtico problema: determinar “hasta qué punto el artículo 93 de la Constitución, que sólo exige previa autorización mediante ley orgánica, es base suficiente para seguir transfiriendo relevantes cuotas de poder a las instituciones europeas”<sup>669</sup>.

#### B. El posicionamiento del Consejo de Estado y del Tribunal Constitucional

Ya hemos visto como en el Consejo Europeo de Bruselas, de 17 y 18 de junio de 2004, se había alcanzado un acuerdo sobre el texto del Tratado Constitucional, fijándose, tras las correspondientes traducciones y correcciones jurídico-lingüísticas, la fecha del 29 de octubre para la firma de la *Carta Magna*, por lo que el gobierno español, de conformidad con la Ley Orgánica del Consejo de Estado, hubo de consultar a esta institución (el Consejo de Estado) antes de proceder a la rúbrica de la Constitución<sup>670</sup>.

<sup>666</sup> Vid. Díez-Picazo Giménez, Luis María: *Constitucionalismo...*, pp. 206-208. Según este autor, las reflexiones que acabamos de ver simplemente tendrían valor de *obiter dicta*.

<sup>667</sup> Rubio Llorente, Francisco: “El referéndum...”, p. 13.

<sup>668</sup> Díez-Picazo incidía en que no se explicaban cuáles eran sus consecuencias en la práctica, vid. Díez-Picazo Giménez, Luis María: *Constitucionalismo...*, p. 213.

<sup>669</sup> *Ibidem*, p. 214. Sobre la problemática del art. 93, vid. López Castillo, Antonio: *La Constitución de Europa a debate...*, pp. 39-44.

<sup>670</sup> Vid. art. 22.1 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, que prescribe la consulta a su Comisión Permanente “en todos los tratados o convenios internacionales sobre la necesidad de autorización de las Cortes Generales con carácter previo a la prestación del consentimiento del Estado”. El expediente remitido por el gobierno llegó al Consejo de Estado el 1 de octubre de 2004. Sobre el dictamen del Consejo de Estado, vid. Roldán Martín, Áurea: “El Dictamen del Consejo de Estado sobre el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (Dictamen 2.544/2004, de 21 de octubre)”, *Boletín de la Facultad de Derecho*, UNED, nº 26, (2005), pp. 335-354.

El máximo órgano consultivo del Estado emitió su dictamen apenas una semana antes de la firma (el 21 de octubre) exponiendo “que, con carácter previo a la ratificación, es conveniente que se haga uso de la facultad prevista en el artículo 95.2 de la Constitución para que el Tribunal Constitucional declare si existe o no contradicción entre el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa y la propia Constitución española”<sup>671</sup>. Además, el dictamen hacía un profundo análisis del Tratado Constitucional, considerando que “el fundamental extremo en que el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa puede entrar en conflicto con la vigente Constitución española es [...] el relativo a la supremacía de la Constitución española”<sup>672</sup>. En este sentido, el alto órgano consultivo apuntaba:

“una fórmula para salvar en este caso y pro futuro eventuales problemas de compatibilidad entre la Constitución y el Derecho comunitario, quizás mejor que proceder a reformas materiales puntuales cada vez que se detecte una colisión, sería, siguiendo la pauta de otros modelos constitucionales europeos, introducir en la propia Constitución [...] una cláusula de integración que incorpore un mecanismo que por sí solo y en sí mismo permita -con los límites de intangibilidad que se estimen irrenunciables, con los objetivos o con los requisitos formales agravados que se consideren necesarios- una apertura general del ordenamiento español al Derecho comunitario y, en su virtud, se reconozca apriorísticamente la constitucionalidad -la compatibilidad con la Constitución- de dicho ordenamiento”<sup>673</sup>.

La consulta formulada al Consejo de Estado era, como explicamos, preceptiva, pero carecía de carácter vinculante. En el plano formal, el gobierno obtenía legitimación para firmar el Tratado Constitucional y así el Consejo de Ministros acordó en su sesión de 22 de octubre de 2004 autorizar la rúbrica del Presidente del Gobierno (y del Ministro de Asuntos Exteriores) en el acto formal y solemne celebrado en Roma

<sup>671</sup> *Dictamen del Consejo de Estado relativo al Tratado por el que se establece la Constitución Europea*, de 21 de octubre de 2004 (2544/2004), p. 30.

<sup>672</sup> *Ibidem*, p. 26. Respecto de otras cuestiones problemáticas, el Consejo de Estado confirmó el art. 93 de la Constitución española como el cauce para ratificar el Tratado Constitucional y que “las disposiciones de la Carta no van a producir colisiones o discordancias con la configuración que la Constitución española hace de esos derechos y libertades”, *ibidem*, p. 23; no obstante, la interacción mutua de tres regímenes de protección de los derechos fundamentales (Constitución, Convenio de 1950 y Carta) hace necesario que el Tribunal Constitucional aclare “el sentido de la vinculación de las autoridades españolas por la Carta, las relaciones de ésta con nuestro sistema constitucional de derechos y libertades y el modo de depuración de las normas que la contradigan”, *ibidem*, p. 24.

<sup>673</sup> *Ibidem*, p. 29. Muy crítico con la actuación del Consejo de Estado es el posicionamiento de la profesora Mangas Martín, al considerar que su dictamen “[...] sorprende por su pésima estructura jurídica y por no haber entendido cuál es la función de un Consejo de Estado al examinar la compatibilidad entre un tratado de atribución de competencias y la Constitución española”. Mangas pone como ejemplo la Decisión del Consejo Constitucional francés de 19 de noviembre de 2004, al reconocer que “[...] como la primacía ya regía en la UE desde su fundación y Francia la había aceptado, no hay problema de compatibilidad [...]”, MANGAS MARTÍN, Araceli: *La Constitución...*, p. 166.

el 29 de dicho mes. En el plano sustantivo, la recomendación del Consejo de Estado era muy clara: el gobierno debería acudir al Tribunal Constitucional, lo que podía crear alguna dificultad dada la pretensión del ejecutivo de convocar un *referendum* sobre la ratificación de la *Carta Magna* europea en los primeros meses de 2005.

De este modo, el Consejo de Ministros celebrado el 5 de noviembre de 2004 acordó requerir al Tribunal Constitucional para que, de conformidad con el art. 95.2 de la Constitución española y el art. 78.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, emitiera una Declaración vinculante sobre los siguientes extremos:

1) La existencia o inexistencia de contradicción entre la Constitución española y el artículo I-6 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa.

2) A la vista de lo establecido en el artículo 10.2 de la Constitución española, la existencia o inexistencia de contradicción entre la Constitución española y los artículos II-111 y II-112 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, que forman parte de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

3) La suficiencia o no del artículo 93 de la Constitución española a los efectos de la prestación del consentimiento del Estado al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa.

4) En su caso, el cauce de reforma constitucional que hubiera de seguirse para adecuar el texto de la Constitución española al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa.

El Tribunal Constitucional se pronunció en poco más de un mes, a través de la controvertida Declaración 1/2004, de 13 de diciembre. Veamos ahora sintéticamente, cada uno de esos cuatro puntos.

Respecto del primer punto, se trataba de dilucidar la primacía de la Constitución y el Derecho de la Unión a la luz de la Constitución española. El intérprete constitucional consideró que “no aprecia contradicción entre el art. I-6 del Tratado y el

art. 9.1 CE, no dándose, en definitiva, el supuesto normativo del art. 95.1 CE<sup>674</sup>; es decir, no sería necesaria la revisión constitucional.

El Tribunal sostenía que “la proclamación de la primacía del Derecho de la Unión por el art. I-6 del Tratado no contradice la supremacía de la Constitución”<sup>675</sup>. Para llegar a esta conclusión apuntaba:

“Primacía y supremacía son categorías que se desenvuelven en órdenes diferenciados. Aquélla, en el de la aplicación de normas válidas; ésta, en el de los procedimientos de normación. La supremacía se sustenta en el carácter jerárquico superior de una norma y, por ello, es fuente de validez de las que le están infraordenadas, con la consecuencia, pues, de la invalidez de éstas si contravienen lo dispuesto imperativamente en aquélla. La primacía, en cambio, no se sustenta necesariamente en la jerarquía, sino en la distinción entre ámbitos de aplicación de diferentes normas, en principio válidas, de las cuales, sin embargo, una o unas de ellas tienen capacidad de desplazar a otras en virtud de su aplicación preferente o prevalente debida a diferentes razones. Toda supremacía implica, en principio, primacía (de ahí su utilización en ocasiones equivalente, así en nuestra Declaración 1/1992, FJ 1), salvo que la misma norma suprema haya previsto, en algún ámbito, su propio desplazamiento o inaplicación. La supremacía de la Constitución es, pues, compatible con regímenes de aplicación que otorguen preferencia aplicativa a normas de otro ordenamiento diferente del nacional siempre que la propia Constitución lo haya así dispuesto, que es lo que ocurre exactamente con la previsión contenida en su art. 93 [...]. En suma, la Constitución ha aceptado, ella misma, en virtud de su art. 93, la primacía del Derecho de la Unión, en el ámbito que a ese Derecho le es propio, según se reconoce ahora expresamente en el art. I-6 del Tratado”<sup>676</sup>.

Desde nuestro punto de vista, la formulación utilizada por el Tribunal Constitucional era, cuando menos, discutible y ha sido objeto de críticas por parte de la doctrina<sup>677</sup>: por un lado, la distinción lingüística entre supremacía y primacía se da en español, pero no así en otras lenguas como el francés o el inglés; por el otro, podría

<sup>674</sup> Declaración del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 de diciembre (FJ 4).

<sup>675</sup> *Ibidem*.

<sup>676</sup> Además, el Tribunal Constitucional se reserva el derecho de intervenir “en el caso difícilmente concebible de que en la ulterior dinámica del Derecho de la Unión Europea llegase a resultar inconciliable este Derecho con la Constitución española”, afirmando que “[...] en última instancia la conservación de la soberanía del pueblo español y de la supremacía de la Constitución que éste se ha dado podrían llevar a este Tribunal a abordar los problemas que en tal caso se suscitaban, que desde la perspectiva actual se consideran inexistentes, a través de los procedimientos constitucionales pertinentes, ello aparte de que la salvaguarda de la referida soberanía siempre resulta a la postre asegurada por el art. I-60 del Tratado, verdadero contrapunto de su art. I-6, y que permite definir en su real dimensión la primacía proclamada en este último, incapaz de sobreponerse al ejercicio de una renuncia, que queda reservada a la voluntad soberana, suprema, de los Estados miembros”, *ibidem*.

<sup>677</sup> Una síntesis de estas posiciones puede verse en VIDAL PRADO, Carlos: “La compatibilidad del Tratado Constitucional Europeo con la Constitución Española”, *Persona y Derecho*, nº 55, (2006), p. 1018.

considerarse demasiado forzado deducir que el art. 93 permite otorgar preferencia aplicativa al Derecho Comunitario<sup>678</sup>. Además, el Alto Tribunal incide en el reconocimiento pacífico que realiza de la primacía del Derecho Comunitario en relación con el Derecho interno infraconstitucional, pero evita entrar en los potenciales conflictos que se pudieran producir entre el Derecho Constitucional interno y los Tratados comunitarios<sup>679</sup>.

Ahora bien, al margen de la terminología empleada por el Tribunal Constitucional, Torres del Moral ve razonable la diferenciación entre los ámbitos de validez y de aplicabilidad puesto que la cesión de competencias que realiza España a la Unión no se refiere a su titularidad, sino a su ejercicio<sup>680</sup>. En este línea, Vidal Prado apunta que “en el ámbito comunitario una norma de Derecho europeo puede desplazar a una norma interna sin que esto signifique una relación de jerarquía sino, como es sabido, una relación basada en el principio de competencia”<sup>681</sup>.

En relación con el segundo punto, la cuestión a discernir según el Tribunal Constitucional, sería “[...] si los criterios establecidos por el Tratado para los órganos de la Unión y para los Estados miembros cuando apliquen Derecho europeo son o no conciliables con los derechos fundamentales de la Constitución y, en esa medida, pueden también imponerse a los poderes públicos españoles cuando actúen al margen del Derecho de la Unión [...]”<sup>682</sup>. A esta cuestión respondía el intérprete constitucional aclarando que “el valor interpretativo que, con este alcance, tendría la Carta en materia de derechos fundamentales no causaría en nuestro Ordenamiento mayores dificultades

---

<sup>678</sup> *Vid.* en análogo sentido los votos particulares de la Declaración.

<sup>679</sup> Como dice Vidal Prado, “el Tratado constitucional, aunque no lo diga de modo expreso, entiende también que esta primacía opera respecto al Derecho constitucional interno, puesto que no hace distinciones en la formulación del art. I-6. Y más, sobre todo, si tenemos en cuenta la Declaración aneja a este artículo, que nos remite a la jurisprudencia previa del TJCE que, como se sabe, sostiene la primacía también sobre el Derecho constitucional interno”, VIDAL PRADO, Carlos: “La compatibilidad...”, p. 1015.

<sup>680</sup> *Vid.* TORRES DEL MORAL, Antonio: *Estado de Derecho...*, p. 134. Este profesor expone que “el Estado le ha cedido a la Comunidad la regulación de determinadas materias; por tanto, dicha aplicación preferente se circunscribe a esas materias tasadas y no permite una expansión no consentida de las competencias comunitarias a costa de las estatales”; en el mismo sentido, *vid.* TORRES DEL MORAL, Antonio: “Relaciones entre la Unión Europea y los Estados miembros según el Tratado Constitucional Europeo. Principios que las rigen”, *Revista de Derecho Político*, nº 65, (2006), pp. 102-105.

<sup>681</sup> VIDAL PRADO, Carlos: “La compatibilidad...”, p. 1020. Este autor apunta que “en este sentido es en el que puede hablarse de primacía, en cuanto a una característica predicable de la norma de aplicación preferente, y de supremacía, en cuanto predicable de una norma que jerárquicamente es superior a otra”, *ibidem*.

<sup>682</sup> Declaración del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 de diciembre (FJ 6).

que las que ya origina en la actualidad el Convenio de Roma de 1950”<sup>683</sup>, para concluir advirtiendo que la Carta, a la luz del art. II-113 TC “se concibe, en todo caso, como una garantía de mínimos, sobre los cuales puede desarrollarse el contenido de cada derecho y libertad hasta alcanzar la densidad de contenido asegurada en cada caso por el Derecho interno”<sup>684</sup>. Por tanto, tampoco existiría contradicción entre la Constitución española y los arts. II-111 y II-112 TC.

Por lo que se refiere al tercer punto, el Tribunal Constitucional confirmaba el art. 93 de la Constitución española como base suficiente para la integración de la *Carta Magna* europea<sup>685</sup>. Se trataría “de un precepto “de índole orgánico procedimental” [...] en cuya virtud sería posible la atribución del ejercicio de competencias derivadas de la Constitución a organizaciones o instituciones internacionales”<sup>686</sup>.

Finalmente, en relación con el cuarto punto, relativo a la revisión constitucional, “falta el presupuesto de la misma [...], al no apreciarse contradicción entre los preceptos del Tratado objeto del requerimiento del Gobierno y la Constitución española [...]”<sup>687</sup>.

No obstante, en nuestra opinión, si en 1992 las dudas sobre la conveniencia del art. 93 para ratificar el Tratado de la Unión Europea eran importantes, la insuficiencia de este precepto era todavía más patente si tenemos en cuenta el salto cualitativo que el

<sup>683</sup> Y ello porque, según el Alto Tribunal “tanto nuestra propia doctrina constitucional (sobre la base del art. 10.2 CE) como el mismo artículo II-112 (como muestran las “explicaciones” que, como vía interpretativa se incorporan al Tratado a través del párrafo 7 del mismo artículo) operan con un juego de referencias al Convenio europeo que terminan por erigir a la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo en denominador común para el establecimiento de elementos de interpretación compartidos en su contenido mínimo. Más aún cuando el art. I-9.2 determina en términos imperativos que “la Unión se adherirá al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales””, *ibidem*.

<sup>684</sup> *Ibidem*.

<sup>685</sup> *Vid. ibidem*, FJ 7. El intérprete constitucional no se pronunciaba, sin embargo, sobre la conveniencia de introducir modificaciones en el art. 93 para aludir y dar acogida al proceso de integración europea (frente a lo que había hecho el Consejo de Estado) al considerar que serían cuestiones de oportunidad.

<sup>686</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 28/1991, de 14 de febrero, FJ 4 y Declaración del Tribunal Constitucional 1/1992, FJ 4; fundamentos que serían recogidos en la Declaración del Tribunal Constitucional 1/2004, FJ 2. Ahora bien, “producida la integración debe destacarse que la Constitución no es ya el marco de validez de las normas comunitarias, sino el propio Tratado cuya celebración instrumenta la operación soberana de cesión del ejercicio de competencias derivadas de aquélla, si bien la Constitución exige que el Ordenamiento aceptado como consecuencia de la cesión sea compatible con sus principios y valores básicos”, *ibidem*, FJ 2.

<sup>687</sup> Declaración del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 de diciembre, FJ 8.



art. I-6 de la Constitución Europea implicaba<sup>688</sup>, carencia que no se subsanaría recurriendo al *referendum* de ratificación: la consulta popular (sobre la base del art. 92 tiene una naturaleza meramente consultiva) favorecía la legitimidad del texto, pero no impediría que el art. 93 mantuviera su debilidad respecto de futuras reformas<sup>689</sup>.

Hasta la elaboración del Tratado Constitucional, el desarrollo jurisprudencial de principios como la primacía permitía a los tribunales nacionales limitar su aceptación en determinados aspectos o formular construcciones hipotéticas en las que no respaldarían inequívocamente la primacía del Derecho Comunitario<sup>690</sup>, planteamiento que con la definición efectuada por el art. I-6 TC ya no parecía posible<sup>691</sup> y del que se hacía eco alguno de los Magistrados del Tribunal Constitucional en sus votos particulares<sup>692</sup>.

<sup>688</sup> Formalmente, existen en el Derecho comparado mecanismos más rígidos que el español para ratificar Tratados de integración (como el caso de Irlanda). Además, parecía poco adecuado que un texto que, entre otras cosas, incorporaba la CDF, hacía explícita la primacía, reforzaba el principio democrático otorgando mayor peso al Parlamento, comunitarizaba el tercer pilar y avanzaba (aunque levemente) en el segundo, fuese ratificado con la única exigencia de obtener mayoría absoluta del Congreso de los Diputados, obviando las implicaciones que esto pudiera tener en el propio ordenamiento constitucional, *vid.* PÉREZ TREMP, Pablo: “La Constitución Española...”, pp. 506-519.

<sup>689</sup> *Vid. ibidem*, pp. 522-523.

<sup>690</sup> *Vid.* CRAIG, Paul: “Constituciones...”, p. 256.

<sup>691</sup> Esta sería la razón por la que Rubio Llorente consideró, al presentar la Convención su proyecto (y en esto el texto final adoptado por la CIG no suponía ningún cambio) que, conforme a la supremacía de la Constitución española prevista en su art. 9.1, resultaba imposible la ratificación del Tratado Constitucional sin una previa reforma de la nuestra. Su argumentación sería que, frente a Maastricht, Ámsterdam o Niza, donde se mantenía a la primacía como principio jurisprudencial en el seno de una Constitución material, permitiendo a los diferentes tribunales salvar la contradicción latente entre Derecho Comunitario y Constitución nacional, la nueva explicitación de la primacía hacía imposible salvar la contradicción sin modificar la Constitución, a menos que se consienta en reducir “definitivamente la nuestra a puro papel mojado; a un guñapo que se puede agitar siempre que conviene, pero que no hay que tomar demasiado en serio”, RUBIO LLORENTE, Francisco: “El referéndum...”, pp. 13-14. En sentido contrario, Mangas Martín apuntaba que “no responde a ninguna lógica jurídica que una norma implícita y que se aplica al pie de la letra día a día, y en la que se han basado cientos y cientos de sentencias de jueces nacionales, incluido el Tribunal Supremo español, no sea inconstitucional *si es implícita*, pero hubiera sido *inconstitucional* de ser explícita. [...] El Tribunal Constitucional ha obrado con lógica jurídica y sentido del Estado de Derecho en su fallo confirmando que lo que es constitucional implícitamente lo es también expresamente”, MANGAS MARTÍN, Araceli: *La Constitución...*, p. 169. Para una visión general de las causas que exigirían la reforma constitucional, *vid.* PÉREZ TREMP, Pablo: “La Constitución Española...”, pp. 520-521.

<sup>692</sup> *Vid.* los votos particulares de los Magistrados Javier Delgado Barrio, Roberto García-Calvo y Montiel, y Ramón Rodríguez Arribas a la Declaración 1/2004. El primero apuntaba que “la primacía del Derecho comunitario sobre la Constitución, es decir, el desplazamiento de ésta por aquél [...] no implica una derogación o reforma de la Constitución, pero el resultado práctico viene a ser, al menos temporalmente, coincidente: inaplicación de la Constitución y aplicación de un precepto de sentido normativo diferente. Con ello se habría producido una “disposición” de la Constitución que excede ampliamente de lo actualmente permitido por el art. 93 CE que, como he subrayado, apodera para una modificación puramente subjetiva del régimen constitucional de las competencias, pero en modo alguno permite que el ejercicio de éstas se desarrolle fuera de la sujeción a la Constitución”. García-Calvo era más duro, hablando de “lo forzado de su instrumentación y [...] la debilidad de su contenido”, ya que “la distinción entre primacía y supremacía [...] queda reducida a un puro recurso dialéctico”, por lo que “[...] estamos ante un real traspaso de soberanía con hipotética cláusula de reversión [...] (exigiéndose) la activación del

En este sentido, Groppi diferenciaba cuatro situaciones que se estarían dando en los estados integrantes de la Unión: países que parecen no admitir la primacía del Derecho Comunitario en relación con la Constitución interna (Dinamarca, Lituania o Letonia); países que no admiten esta primacía pero permiten superar el obstáculo por un procedimiento reforzado, que normalmente se concreta a través de la reforma constitucional (Francia, España, Polonia, Hungría, Eslovenia, Holanda o Irlanda, si bien en este caso la ratificación de los Tratados ha de hacerse necesariamente a través de la reforma de su Constitución); países que en principio admiten la primacía del Derecho Comunitario pero incorporan límites materiales (Alemania, Italia, Reino Unido, Suecia, Finlandia, Grecia o Portugal), ya sean de carácter textual (en la propia Constitución) o no textuales (a través de sus tribunales constitucionales); y finalmente países en los que dicha primacía es aceptada plenamente (prácticamente circunscrito al caso de Austria)<sup>693</sup>.

Ahora bien, la respuesta que se diera a la problemática de la primacía no era baladí; no se trataba simplemente de una cuestión semántica ni de si España retenía la soberanía: podrían plantearse explícitamente supuestos de aplicación de normas europeas contrarias a la Constitución o la cuestión del recurso de amparo frente a vulneraciones del Derecho Comunitario.

Conviene tener presente que la posición del Tribunal Constitucional, sintentizando y sin intención de traer a colación su prolija jurisprudencia en este ámbito, sería la de que “no cabe formular recurso de amparo frente a normas o actos de las instituciones de la Comunidad, sino sólo, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 41.2 LOTC, contra disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho de los poderes

---

mecanismo reforzado de homologación del referido art. 168”; cabe destacar que los argumentos de este Magistrado se sustentaban en algunos posicionamientos doctrinales, como los de Pérez Tremps (quien había defendido la necesidad de reformar la Constitución por la vía del art. 168 antes de ser elegido miembro del Tribunal Constitucional) o Rubio Llorente. Finalmente, Rodríguez Arribas consideraba que la declaración de no contradicción entre la Constitución Europea y la española suponía una falta de seguridad jurídica, pues “los ciudadanos y los poderes públicos españoles, cuando se encuentren con una norma del derecho europeo que contradiga preceptos de nuestra Constitución, se verán en la disyuntiva de faltar al mandato constitucional interno, inaplicar la norma europea o bien [...] plantear la cuestión de inconstitucionalidad ante nosotros o la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, no siendo asumible “conferir al expresado art. 93 CE un contenido de tal profundidad que por él pueda entrar y ser prevalente en su aplicación, cualquier norma de Derecho europeo derivado de un tratado internacional, aunque sea literalmente contradictoria con preceptos de la propia Constitución Española”.

<sup>693</sup> Vid. GROPPi, Tania: “La «primauté» del Derecho Europeo sobre el Derecho Constitucional nacional: un punto de vista comparado”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 5, (2006), pp. 230-241.

públicos internos”<sup>694</sup>, de modo que sólo “en la medida en que se impugne en amparo un acto del poder público que, habiendo sido dictado en ejecución del Derecho Comunitario europeo, pudiera lesionar un derecho fundamental, el conocimiento de tal pretensión corresponde a esta jurisdicción constitucional con independencia de si aquel acto es o no regular desde la estricta perspectiva del ordenamiento comunitario europeo y sin perjuicio del valor que éste tenga a los efectos de lo dispuesto en el art. 10.2 CE”<sup>695</sup>. De hecho, el Alto Tribunal afirma que “el eventual juicio de incompatibilidad de una norma legal interna con el Derecho comunitario no puede depender exclusivamente de un juicio subjetivo del aplicador del Derecho, esto es, de su propia autoridad, sino que debe estar revestido de ciertas cautelas y garantías”<sup>696</sup>.

En este sentido, los profesores Mangas Martín y Liñán Nogueras consideran que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional “al no permitir al juez nacional por su propia autoridad (como recordaba expresamente *Simmenthal* y que ahora el Tribunal Constitucional invierte) dejar inaplicada una ley interna sin tener que plantear cuestión de constitucionalidad o esperar su derogación”<sup>697</sup>, producía indefensión de los ciudadanos<sup>698</sup>: al rechazar controlar la conformidad de los actos del poder judicial con las obligaciones de la Unión no quedaría garantizado en España el “derecho al juez legal del Derecho comunitario”<sup>699</sup>, a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, en Alemania donde su Tribunal Constitucional llega a anular sentencias que desconocen la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. De esta manera, el Alto Tribunal negaría la concesión de amparo cuando se le solicita la anulación de sentencias del órgano judicial competente que rechazaran el planteamiento de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia o aplicaran de manera manifiestamente deficiente el Derecho de la Unión, negándose también a juzgar si era o no pertinente dicho planteamiento; además,

<sup>694</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 64/1991, de 22 de marzo, FJ 4a); y sentencia del Tribunal Constitucional 58/2004, de 19 de abril, FJ 11.

<sup>695</sup> *Ibidem*.

<sup>696</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 58/2004, de 19 de abril, FJ 11.

<sup>697</sup> MANGAS MARTÍN, Araceli - LIÑÁN NOGUERAS, Diego J.: *Instituciones...*, 2010, p. 483. De esta forma, se daría la paradoja de que el juez nacional “si aplica la ley interna no hay quiebra de la tutela judicial; pero si la inaplica so pretexto de hacer cumplir la norma de la Unión entonces viola la tutela judicial salvo que plantee la cuestión prejudicial”, *ibidem*.

<sup>698</sup> *Vid. ibidem*, p. 485.

<sup>699</sup> Expresión que ambos profesores ligan a la interpretación y aplicación uniforme por el Tribunal de Justicia, *ibidem*.

rechazaba controlar si el órgano judicial había seguido o no la doctrina del Tribunal de Justicia<sup>700</sup>.

Por ello, podemos concluir, desde una perspectiva más amplia, que el Tribunal Constitucional en su Declaración 1/2004, hace todavía un ténue reconocimiento de la dimensión constitucional de la Unión, de modo que, como expresa Vidal Prado “está por llegar el momento -y esperemos que sea más pronto que tarde- en el que el TC español reconozca a la Unión Europea como un nuevo modelo de comunidad política, como una organización supranacional o supraestatal, como una *Staatenverbund*”<sup>701</sup>.

### C. Hacia una reforma de la Constitución española que otorgue visibilidad a la Unión Europea

La resolución de la cuestión llevada a cabo por el Tribunal Constitucional parecía contener ciertas dosis de provisionalidad y de urgencia, al tiempo que la fundamentación que se hacía de la primacía del ordenamiento comunitario y del art. 93 como base de ratificación era criticada, incluso, como acabamos de ver, por miembros del propio Tribunal. Además, no debemos olvidar el contexto en el que el Alto Tribunal hizo su Declaración: el gobierno tenía intención de celebrar de inmediato un *referendum* sobre la Constitución Europea y si el Tribunal Constitucional hubiese considerado que era necesaria una previa reforma de la Constitución española, difícilmente podría haberse celebrado la consulta en los plazos previstos por el gobierno<sup>702</sup>.

<sup>700</sup> Las alternativas a esta situación de indefensión serían, según los mismos autores, presentar una queja ante la Comisión por infracción del Derecho de la Unión por el Estado o presentar recurso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos por supuesta violación del art. 6 del Convenio de Roma, *vid. ibidem*. Además, el Tribunal de Justicia declaró la responsabilidad de Austria por una sentencia de un tribunal de última instancia manifiestamente contraria al Derecho de la Unión, *vid.* sentencia de 30 de septiembre de 2003, *Köbler/Austria*, asunto C-224/01; en este sentido, Tenorio Sánchez considera conveniente que sea el propio Tribunal Constitucional el que plantee la cuestión prejudicial, pudiendo el TJUE, en supuestos excepcionales, declarar a un Estado incurso en responsabilidad si su órgano de justicia constitucional no formula la cuestión prejudicial, *vid.* TENORIO SÁNCHEZ, Pedro: “Tribunal Constitucional y cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *Diario La Ley*, nº 7520, sección Tribuna, 30 de noviembre de 2010.

<sup>701</sup> VIDAL PRADO, Carlos: “La compatibilidad...”, p. 1040.

<sup>702</sup> Como recuerda Molina de Cienfuegos “La prioridad política del Gobierno por una rápida ratificación, pese a disponer de dos años para hacerlo, se plasmó en la convocatoria inmediata de un referéndum consultivo acerca del Tratado cuya fecha estaba anunciada desde julio, varios meses antes de que el Tribunal Constitucional emitiera su Declaración [...]. Es evidente que este calendario tan acelerado ha alterado el orden lógico que previamente parecía haberse trazado el mismo Gobierno con el anuncio de una reforma constitucional para vigorizar el fundamento nacional de la integración” MOLINA A. DE CIENFUEGOS, Ignacio: “Abrir la Constitución Española a la integración europea: opciones y modelos”, *Análisis del Real Instituto Elcano*, nº 21, (2005), p. 2. En una línea semejante, Vidal Prado apunta que

Ante esta situación, el gobierno, una vez pasado el *referendum* sobre la ratificación de la Constitución Europea<sup>703</sup>, decidió consultar al Consejo de Estado sobre la conveniencia de reformar el texto constitucional español para europeizarlo en alguna medida, dotándolo de “[...] una cláusula expresa de integración del Derecho europeo en el sistema de fuentes” que reconozca la compatibilidad de ambos textos, y “sobre la eventual conveniencia de diseñar un procedimiento específico para la ratificación de los Tratados de la Unión Europea, pronunciándose en tal caso, sobre los requisitos, cauce procedimental y posibles límites de la misma”<sup>704</sup>.

El máximo órgano consultivo emitió su respuesta a través del Informe del Consejo de Estado sobre modificaciones de la Constitución española, aprobado por el Pleno de esta institución el 16 de febrero de 2006<sup>705</sup>, en el que apostaba por la inclusión

---

parecía “como si el TC hubiese querido admitir la relevancia constitucional que tiene y que ha alcanzado la Unión Europea, pero de un modo excesivamente tímido o prudente. Quizá lo haya hecho así para evitar, precisamente, declarar la necesidad de la reforma constitucional. Pero ésta habría sido una motivación política de la decisión, que preferimos pensar que no ha sido la principal”, VIDAL PRADO, Carlos: “La compatibilidad...”, pp. 1039-1040.

<sup>703</sup> Por medio de los Reales Decretos 5 y 7, de 14 de enero de 2005, a propuesta del Presidente del Gobierno y previa autorización del Congreso de los Diputados, se convocaba el *referendum* consultivo sobre la ratificación de la Constitución Europea para el domingo 20 de febrero de 2005 con la siguiente pregunta: «¿Aprueba usted el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa?». Los resultados no dejaron lugar a dudas: el 76,73% de los votantes optaron por el “sí”, el 17,24% se decidieron por el “no” y sólo un 6,03% votaron en blanco. Ahora bien, la abstención representó el 57,68% del censo, la más alta de todas las convocatorias de ámbito estatal desde el retorno de la democracia; de igual modo, podía detectarse una desigual distribución geográfica del apoyo o rechazo a la Constitución Europea, como mostraban las importantes variaciones entre el 86,03% de la Comunidad Autónoma con mayor porcentaje de votos afirmativos (Canarias) y el 62,61% de donde hubo menos (País Vasco); resultaba significativo que las tres comunidades autónomas con mayor voto negativo fueran País Vasco, Navarra y Cataluña, en las que el “no” se sustentó en una importante parte en los votantes nacionalistas.

<sup>704</sup> Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se solicita al Consejo de Estado la emisión de dictamen sobre la reforma de la Constitución española, remitido el 4 de marzo de 2005, p. 21. Además, se incluían otros tres aspectos susceptibles de revisión constitucional: la supresión de la preferencia del varón en la sucesión al trono, la inclusión en la Constitución de la denominación de las comunidades autónomas, y la reforma del Senado. En la línea de cómo plasmar la realidad europea en la Constitución española iría Molina de Cienfuegos, quien analizaba las diferentes soluciones dadas por el Derecho comparado, centrando la “cláusula Europa” en los siguientes puntos: mención expresa a Europa; mención expresa de los hitos más importantes del proceso; mención a los límites infranqueables del proceso; constitucionalización de la primacía y el efecto directo; plasmación de un cierto modelo de Unión que se quiere construir para el futuro; y perfeccionamiento de las cuestiones orgánico-procedimentales contenidas en el art. 93 de la Constitución, *vid.* MOLINA A. DE CIENFUEGOS, Ignacio: “Abrir la Constitución Española...”, pp. 3-9. Por su parte, Mangas apostaba por reformar la Constitución ya que “resultan incongruentes proclamaciones que hace la Constitución española, por ejemplo, relativas a la competencia exclusiva en materia de inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo [...], o la legislación aduanera y arancelaria, sobre el sistema monetario, cambio y convertibilidad, etc., cuando son competencias cuyo ejercicio ya no corresponde a España [...]”, MANGAS MARTÍN, Araceli: *La Constitución...*, p. 174.

<sup>705</sup> El informe sería aprobado por amplia mayoría del Pleno del Consejo de Estado, si bien el antiguo Presidente del Gobierno, José María Aznar, votó en contra y formuló un voto particular (su posicionamiento discrepante no se encuadraba en relación con la UE, sino respecto al modelo de Estado y

en la *Carta Magna* de un nuevo Título relativo a la Unión Europea, constituido por un único artículo dotado de varios apartados que tratarían de responder a las exigencias derivadas del proceso de integración comunitario:

“En un primer apartado se incluiría una referencia a que España (para reflejar la idea de la Europa de los pueblos y no solo de los Estados) participa en la Unión Europea, y se recogerían los condicionantes o límites a dicha participación mediante una descripción de los mínimos de la estatalidad española y de las características de la propia Unión Europea, y del respeto de esta a los derechos fundamentales.

En un segundo apartado se regularía el procedimiento de autorización para la prestación del consentimiento para celebrar futuros tratados: en este sentido, se establecería que los Tratados constitutivos comunitarios habrían de obtener la autorización de las Cortes Generales con mayoría absoluta de ambas Cámaras, sin perjuicio de que, si no se alcanzara la mayoría absoluta en el Senado, el Congreso, por mayoría de tres quintos, podrá autorizar la prestación del consentimiento para la ratificación de dichos tratados.

En un tercer apartado se haría referencia a las relaciones entre ambos ordenamientos, estableciendo que tanto la validez como la eficacia de las normas comunitarias en el ámbito interno se rigen por los propios criterios comunitarios. Además, se mencionarían de manera expresa (o por referencia al apartado o precepto anterior) los límites a esa validez o eficacia.

Por lo demás, también deberían formar parte adicional del precepto en el que se concreta la “cláusula europea” (otras) [...] cuestiones [...], como son la participación de las Cortes Generales y de las Comunidades Autónomas en la toma de decisiones sobre iniciativas europeas y la responsabilidad de las Comunidades Autónomas por incumplimiento del Derecho comunitario europeo”<sup>706</sup>.

Por consiguiente, el Consejo de Estado prevé un mecanismo que permitiría “estabilizar nuestra participación en el proceso de integración comunitaria evitando cambios de posición ante eventuales modificaciones de la composición de las Cortes

---

la reforma del Senado); también formularon votos particulares (aunque no votaron en contra) los profesores Manuel Díez de Velasco y Luís Díez-Picazo. Sobre este informe del Consejo de Estado, *vid.* SÁNCHEZ PATRÓN, José Manuel: “La reforma de la Constitución española y el proceso de integración europea. Comentario al informe del Consejo de Estado de 16 de febrero de 2006”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 24, (2006), pp. 571-591.

<sup>706</sup> Informe del Consejo de Estado sobre modificaciones de la Constitución española, de 16 de febrero de 2006, pp. 105-106. La propuesta incluiría una referencia en el Preámbulo del tipo “...participar activamente en el proceso de integración europea”, seguida de un novedoso articulado que quedaría de la siguiente forma: “Nuevo Título [VII bis] u [VIII bis] “De la Unión Europea”, Artículo X bis:

1. España participa en el proceso de integración europea y, con este fin, el Estado español, sin mengua de los principios consagrados en el Título Preliminar, coopera con los demás Estados miembros a través de instituciones comunes en la formación de una unión comprometida con el Estado de Derecho, la democracia y los derechos fundamentales.

2. La prestación del consentimiento para la ratificación de los tratados a través de los que se lleva a cabo la participación de España en la integración europea requerirá la previa autorización de las Cortes Generales por mayoría absoluta de ambas Cámaras. Si no hubiera acuerdo entre ambas, el Congreso, por mayoría de tres quintos, podrá autorizar la celebración de dichos tratados.

3. Dentro del marco establecido en el apartado 1, los tratados de la Unión Europea y las normas emanadas de sus instituciones en el ejercicio de sus competencias serán aplicables en España en los términos definidos por el propio Derecho de la Unión”, *ibidem*, pp. 106-107.

Generales a la vez que clarificarían -partiendo del reconocimiento expreso del texto constitucional- las relaciones entre el Derecho comunitario (originario y derivado) y nuestro Derecho interno, que se resolverían primando la aplicación del europeo sobre el nacional”<sup>707</sup>.

No obstante, según expone Sánchez Patrón, el Consejo de Estado rechaza la extensión de la primacía del Derecho Comunitario al texto constitucional por cuatro motivos<sup>708</sup>: primero, el Consejo de Estado establece que cualquier intento de reforma constitucional debe salvaguardar el papel de la Constitución española como garante de las posibilidades y los efectos derivados de nuestra participación en el proceso de integración comunitaria; segundo, el *artículo X bis* propuesto no implica una declaración de supraconstitucionalidad del Derecho Comunitario; tercero, lo que el Consejo de Estado propone es una vía reforzada a través de la que prestar el consentimiento a los futuros Tratados comunitarios diseñada para la cesión de competencias estatales, no para la revisión de preceptos constitucionales<sup>709</sup>; y cuarto, el Consejo de Estado plantea su propuesta de reforma respetando los pronunciamientos realizados por nuestro Tribunal Constitucional en este ámbito.

En este sentido, la constitucionalización explícita de la primacía por el art. I-6 TC no facultaba que el Derecho Comunitario pudiera anular o derogar, formal o materialmente, a la Constitución española, y ello al margen de la diferenciación entre supremacía y primacía realizada por el Tribunal Constitucional. Además, y dado que la Constitución española es formalmente modificable en su totalidad<sup>710</sup>, “una eventual contradicción entre el Derecho comunitario y la CE sólo puede resolverse acudiendo al procedimiento de reforma constitucional”<sup>711</sup>. No obstante, la ausencia de límites irreformables expresos en la Constitución no impide que existan otros límites irreformables ligados a la misma, como reconoce el Tribunal Constitucional, al referirse

<sup>707</sup> SÁNCHEZ PATRÓN, José Manuel: “La reforma...”, pp. 585-586.

<sup>708</sup> *Vid. ibidem*, p. 586.

<sup>709</sup> Como recoge Sánchez Patrón, “el Alto Cuerpo Consultivo toma nota de que la equiparación de esta vía a las previstas para la reforma del articulado constitucional, es una opción seguida en algunos países miembros de la Unión Europea, pero, sin embargo, es finalmente descartada en su propuesta”, *ibidem*.

<sup>710</sup> No así otras de su entorno próximo, como la Ley Fundamental de Bonn, que en su art. 79.3 impide la reforma del federalismo, de la participación de los *Länder* en la legislación, así como de los principios recogidos en los arts. 1 (dignidad humana) y 20 (Estado federal, democrático y social); la italiana, que impide en su art. 139 la modificación del carácter republicano del Estado; o la francesa, en el art. 89 con un sentido similar al italiano.

<sup>711</sup> SÁNCHEZ PATRÓN, José Manuel: “La reforma...”, p. 587.

a los “[...] límites materiales, no recogidos expresamente en el precepto constitucional, pero que implícitamente se derivan de la Constitución y del sentido esencial del propio precepto [...]”<sup>712</sup>.

De todas formas, la posible realización de esta revisión constitucional no se produjo: si difícil se vislumbraba alcanzar un acuerdo para modificar el art. 93 o incluir un nuevo Título (tal y como defendía el Consejo de Estado) por el procedimiento del art. 167, sería prácticamente imposible llegar a uno para encajar la primacía del Derecho Comunitario prevista en el art. I-6 TC en el ordenamiento constitucional español, ya que incluiría al Título Preliminar (donde se inscribe el 9.1) y haría necesaria la compleja vía del art. 168<sup>713</sup>.

En todo caso, ante la imposibilidad de lograr un acuerdo sobre la reforma constitucional y aprovechando el margen temporal derivado del fracaso de la ratificación del Tratado Constitucional (de forma que el art. I-6 TC sobre la primacía no llegaría a entrar en vigor) el gobierno solicitó el 23 de febrero de 2007 un nuevo estudio al Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho de la Unión en el ordenamiento

<sup>712</sup> Declaración del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 de diciembre, FJ 2. Dichos límites serían “[...] el respeto de la soberanía del Estado, de nuestras estructuras constitucionales básicas y del sistema de valores y de principios consagrados en nuestra Constitución, en el que los derechos fundamentales adquieren sustantividad propia [...]”, *ibidem*. En parecido sentido se pronuncian Mangas Martín y Liñán Nogueras, al considerar la existencia de límites frente a “una atribución de soberanía que pusiera en peligro la pervivencia de la propia Constitución y del Estado mismo, afectando a sus elementos esenciales como son el Estado social y democrático [...], la unidad nacional, la lengua común oficial, el sistema autonómico, la estructura constitucional de los poderes públicos, la forma monárquica del Estado y el respeto a los derechos y libertades fundamentales reconocidos en el Título I”, MANGAS MARTÍN, Araceli - LIÑÁN NOGUERAS, Diego J.: *Instituciones...*, 2010, p. 477. Algunos autores incluirían también “[...] todas aquellas materias que la Constitución española reconoce, admite o respeta como anteriores o superiores a ella [...]” (caso de los derechos forales históricos), PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos - LÓPEZ ÁLVAREZ, Luis Felipe - LÓPEZ MIRA, Álvaro - MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio: *Temas de Derecho...*, p. 29. No obstante, el simbolismo constitucional que implicaba la introducción expresa de la primacía del Derecho de la Unión fue motivo para que los estados más reticentes con el Tratado Constitucional impulsaran su eliminación en el Tratado de Lisboa, como veremos en el Capítulo Tercero.

<sup>713</sup> La vía del art. 168 implicaría aprobar la reforma por mayoría de dos tercios de cada cámara, la inmediata disolución de las Cortes, la ratificación de la reforma por las nuevas cámaras elegidas por idéntica mayoría y, finalmente, un *referendum* para su ratificación. Relevantes profesores, como Pérez Tremps, consideraban que el reconocimiento explícito de la primacía por el art. I-6 TC implicaba que la reforma habría de ser por el procedimiento reforzado, ya que “la antinomia se produce con un precepto especialmente protegido por lo que cualquier reforma que se haga, se ubique formalmente en un lugar u otro, parece que «afecta» al art. 9.1, lo que conduce a que la opción debería ser la reforma agravada”, PÉREZ TREMPs, Pablo: “La Constitución Española...”, p. 525. De ahí que Rubio Llorente contrapusiera lo que consideraba un *referendum* superfluo (por ser consultivo y con un resultado previsible ante el apoyo mayoritario que le darán los distintos grupos políticos) con el necesario previsto en el art. 168, *vid.* RUBIO LLORENTE, Francisco: “El referéndum...”, p. 13.



jurídico español, obteniendo su respuesta en el Informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho Europeo en el ordenamiento español, de 14 de febrero de 2008<sup>714</sup>

El extenso informe (cerca de las cuatrocientas páginas) consta, tras la pertinente introducción, de dos partes diferenciadas: la primera, sobre la relación entre el Derecho de la Unión Europea y el Derecho interno, y la segunda, sobre la pertenencia de España al Consejo de Europa, finalizando con unas conclusiones ordenadas sistemáticamente.

La primera parte del informe se divide, a su vez, en cinco grandes bloques: en primer lugar se estudia el ordenamiento europeo, a través de la tipología normativa de la Unión, sus procedimientos de decisión o los principios conformadores del sistema comunitario, así como las principales obligaciones de los estados miembros en relación con la penetración del Derecho Comunitario en su ordenamiento interno; en segundo lugar se analiza cómo se organiza la administración española (incluyendo también a las comunidades autónomas) a la hora de recepcionar ese Derecho Comunitario; en tercer lugar, se estudia la participación de España en el proceso de formación del Derecho Comunitario proponiéndose diversos mecanismos de mejora; en cuarto lugar, se analiza la incorporación del Derecho Comunitario al ordenamiento español, haciendo especial hincapié en la distribución competencial que a estos efectos se establece entre el Estado y las comunidades autónomas y en la transposición de las directivas; y en quinto lugar, el Consejo de Estado aborda la problemática de la aplicación del Derecho Comunitario insertado en el ordenamiento español.

Este *magno* informe excede con creces nuestro objeto de estudio, lo que no es óbice para que nos detengamos en dos cuestiones que consideramos de especial relevancia y que nos servirán para finalizar este Capítulo Segundo: el papel en la transposición de directivas por las comunidades autónomas en el marco de la actuación del Estado y las consecuencias derivadas de la primacía del Derecho de la Unión, incluso sin que la previsión expresa del Tratado Constitucional llegase a estar en vigor.

---

<sup>714</sup> Informe aprobado de forma unánime por la Comisión de Estudios del Consejo de Estado. Sobre este informe, *vid.* ALONSO GARCÍA, Ricardo: “La inserción del Derecho Europeo en el ordenamiento español (Informe del Consejo de Estado de 14 de febrero de 2008)”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 29, (2008), pp. 7-17, quien considera que “estamos, dejando a un lado el mundo académico, ante el estudio más sistemático y concienzudo hasta ahora producido en nuestro país acerca de los retos que plantea la europeización del ordenamiento jurídico español”, p. 17.

Así, conforme el marco de la distribución de competencias Estado/comunidades autónomas, existe la posibilidad de que corresponda a la Comunidad Autónoma transponer una directiva (que, por su propia naturaleza, deja un margen de actuación a las autoridades nacionales) cuando se trate de un ámbito que recaiga sobre su esfera competencial, sin necesidad de esperar a su incorporación mediante una norma estatal<sup>715</sup>. Si, estando en ese supuesto, se produce una ausencia de transposición autonómica de la normativa europea, con el fin de garantizar el cumplimiento por el Estado de sus obligaciones de transposición, el Consejo de Estado prevé que una vez finalizado el plazo para llevarla a efecto la norma estatal entrase en vigor en las comunidades autónomas que no hubiesen aprobado sus propias normas y sería aplicable y eficaz hasta la entrada en vigor de la norma autonómica tardíamente aprobada<sup>716</sup>. Además, en cuanto a la responsabilidad del Estado derivada del incumplimiento del deber de transposición<sup>717</sup>, si éste emana de una Comunidad Autónoma se prevé la

<sup>715</sup> Vid. por ejemplo, el art. 189.3 del Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006.

<sup>716</sup> Vid. Informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho Europeo en el ordenamiento español, de 14 de febrero de 2008, situando el origen de este mecanismo en la cláusula de *cedevolezza italiana*, pp. 171-174 y p. 359. Sobre la parte del informe del Consejo de Estado relativa a las comunidades autónomas, vid. AZPITARTE SÁNCHEZ, Miguel: “El Estado autonómico unitario y el informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español”, *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, nº 9, (2009), pp. 129-164. Este profesor se muestra especialmente crítico con la posibilidad de intervención que prevé el órgano consultivo estatal, ya que “respecto al art. 93 parece existir un consenso generalizado de que no se trata de un precepto que atribuya competencias al Estado central [...], sino de una disposición que habilita a la función legislativa y ejecutiva del Estado central o de las Comunidades Autónomas para adoptar las medidas que den cumplimiento a los Tratados”, *ibidem*, p. 151. De hecho, este autor recuerda la doctrina del Tribunal Constitucional en relación con el art. 93 de la Constitución, de modo que dicho precepto “tampoco puede tener una incidencia o proyección interna que venga a alterar la distribución poderes entre el Estado y las Comunidades Autónomas operada por el bloque de la constitucionalidad”, sentencia del Tribunal Constitucional 80/1993, de 8 de marzo, FJ 3. Además, incide Azpitarte, “existe un acuerdo generalizado en la doctrina y consolidado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional relativo a la extensión de la competencia estatal sobre relaciones internacionales. La verdad es que a estas alturas ya nadie defiende este título como competencia general y transversal del Estado en la incorporación del derecho europeo. Es menester recordar que la STC 67/1996 cierra definitivamente cualquier intento de estatizar la aplicación del derecho europeo a través de la competencia sobre relaciones internacionales”, *ibidem*, p. 152. En este sentido, la antedicha sentencia manifestaba la “necesidad de aplicar con suma cautela el título de comercio exterior a las relaciones comerciales entre los Estados que forman la Comunidad, ya que, como se insiste en varias sentencias recientes, una aplicación extensiva de este título competencial acabaría por vaciar de contenido la premisa consolidada en la doctrina constitucional conforme a la cual el ingreso de España en la CEE y la consiguiente transposición de las normas de Derecho comunitario derivado no altera las reglas constitucionales de distribución de competencias”, sentencia del Tribunal Constitucional 67/1996, de 18 de abril, FJ 3.

<sup>717</sup> La obligación de transposición puede incumplirse total o parcialmente ya sea por falta de transposición o transposición fuera de plazo, transposición incompleta, transposición inexacta o el incumplimiento de los requisitos de publicidad y comunicación. El modelo español funciona correctamente, si bien en los últimos años se detecta un retroceso en cuanto al grado de cumplimiento (no tanto en los porcentajes como en posición relativa): si en abril del año 2004 España ocupaba el primer lugar con un porcentaje de cumplimiento de 99,47%, en el año 2007 había bajado al puesto 22 (aunque manteniendo un porcentaje del 98,94%), estando por debajo Italia, Grecia, Luxemburgo, Portugal y Rumanía, vid. Informe del

posibilidad legal de repercutir sobre la misma el pago de la multa coercitiva o suma a tanto alzado impuesta por el Tribunal de Luxemburgo<sup>718</sup>.

En el ámbito derivado de la primacía, el Consejo de Estado aborda en primer lugar la depuración normativa (es decir, ir más allá de la mera inaplicación judicial derivada de la doctrina *Simmenthal*) de las normas internas contrarias a las comunitarias<sup>719</sup>, lo que conecta con el principio de seguridad jurídica y la correspondiente derogación (o modificación) y revisión de oficio (para el caso de disposiciones de rango reglamentario). De hecho, el Tribunal de Luxemburgo ya ha abogado, en algunas ocasiones, por la eliminación de las normas nacionales incompatibles con las de la Unión a través de disposiciones internas obligatorias dotadas del mismo valor jurídico que las que deben ser modificadas<sup>720</sup>.

En lo que respecta a la depuración de leyes anticomunitarias, el órgano consultivo propone un mecanismo de comunicación al gobierno de las sentencias firmes que inaplicasen leyes por su incompatibilidad con el Derecho europeo, de modo que el órgano ejecutivo pudiese, previa consulta al Consejo de Estado cuando lo estimase conveniente, ejercer la iniciativa legislativa para corregir la situación que dio origen al desplazamiento de la disposición legal interna<sup>721</sup>. Además, dado que el sistema vigente no establece mecanismo alguno para la eliminación *erga omnes* de la ley contraria a la europea, obviando los pasos que en esta dirección se han dado en otros ordenamientos jurídicos de estados pertenecientes a la Unión<sup>722</sup>, el Consejo de Estado aboga por centralizar esta competencia en el Tribunal Supremo o en el Tribunal Constitucional (el informe apuesta por éste último) reformando su Ley Orgánica, de forma que se establezca una especie de cuestión de anticomunitariedad de “planteamiento obligatorio

---

Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho Europeo en el ordenamiento español, de 14 de febrero de 2008, pp. 212-213.

<sup>718</sup> *Vid. ibidem*, p. 260 y 364.

<sup>719</sup> *Vid. ibidem*, pp. 221-227.

<sup>720</sup> *Vid.* MANGAS MARTÍN, Araceli - LIÑÁN NOGUERAS, Diego J.: *Instituciones...*, 2010, p. 474. Esta posición del Tribunal de Justicia podría verse en sentencias como la de 26 de octubre de 1995, *Comisión/Luxemburgo*, asunto C-151/1994, o la anterior de 15 de octubre de 1986, *Comisión/Italia*, asunto 168/85.

<sup>721</sup> *Vid.* Informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho Europeo en el ordenamiento español, de 14 de febrero de 2008, p. 251.

<sup>722</sup> *Vid.* Decisión del *Conseil d'Etat* francés, de 20 de octubre de 1989, asunto *Nicolo*; sentencia de la *Corte Costituzionale* italiana 384/94, de 10 de noviembre; o sentencia de la Cámara de los Lores británica de 3 de marzo de 1994, asunto *Equal Opportunities Commission/Secretary of State for Employment*; *vid.* MANGAS MARTÍN, Araceli - LIÑÁN NOGUERAS, Diego J.: *Instituciones...*, 2010, pp. 481-482.

si por sentencia firme se inaplicase una norma legal por contraria a Derecho comunitario”<sup>723</sup>.

En cuanto a los reglamentos, el Consejo de Estado manifiesta su apoyo a la posición del Tribunal Supremo favorable a la anulación con efectos *erga omnes* de los reglamentos contrarios al Derecho Comunitario. Además, el órgano consultivo considera necesarios dos cambios normativos: la tipificación de la infracción del Derecho Comunitario como causa de nulidad de los reglamentos en el artículo 62.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y la modificación de los artículos 26 y siguientes de la Ley 29/1998, de 13 de julio, con el fin de aclarar la posibilidad de impugnar disposiciones administrativas contrarias al Derecho Comunitario por medio de los recursos directo e indirecto<sup>724</sup>.

En segundo lugar, estaría el problema de la inaplicación por la propia Administración (no por los órganos judiciales que están legitimados para interponer la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Luxemburgo) de las disposiciones internas contrarias al Derecho de la Unión, emanada de la doctrina *Constanzo*<sup>725</sup>, considerando que pudiera ser recomendable condicionar el ejercicio de dicha potestad al previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de las comunidades autónomas, en función del carácter estatal o autonómico de la disposición cuestionada<sup>726</sup>.

<sup>723</sup> ALONSO GARCÍA, Ricardo: “La inserción...”, p. 14. De este modo, “cuando un órgano jurisdiccional resolviese un litigio en el que se planteara un conflicto entre la ley interna aplicable al caso y una norma comunitaria, apreciando una contradicción entre ambas y procediendo al desplazamiento de la primera a causa de la eficacia directa y primacía de la segunda, estaría obligado a dirigirse al Tribunal Constitucional, una vez devenida firme la sentencia, para obtener su pronunciamiento acerca de la contradicción apreciada; al resolver la cuestión y de confirmar el Tribunal Constitucional el parecer del juez del caso concreto, el pronunciamiento produciría el efecto general de la anulación de la disposición legal enjuiciada”, Informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho Europeo en el ordenamiento español, de 14 de febrero de 2008, p. 255. Este mecanismo, que favorecería la seguridad jurídica tendría “un carácter supletorio frente a la derogación o modificación normativa, entendiéndose que la cuestión queda sin objeto en el supuesto de que las medidas correctoras impulsadas por la Administración se hayan plasmado en la expulsión por las Cortes Generales de la previsión legal controvertida”, *ibidem*, p. 256.

<sup>724</sup> *Vid. ibidem*, pp. 256-257 y p. 362. Sobre el control de los reglamentos, *vid.* con carácter general CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco: *El control de constitucionalidad de disposiciones reglamentarias*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

<sup>725</sup> *Vid.* sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de junio de 1989, *Fratelli Constanzo/Comune di Milano*, asunto 103/88.

<sup>726</sup> *Vid.* Informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho Europeo en el ordenamiento español, de 14 de febrero de 2008, pp. 238-242 y p. 364.

Finalmente, en tercer lugar estaría la cuestión de la revisión de actos firmes por la Administración, ya que el acto administrativo interno que infringiera el Derecho Comunitario (salvo que concurra algún supuesto de nulidad tipificado como tal) no podría ser retirado del mundo jurídico a través de la vía de la revisión de oficio de actos nulos recogida en el artículo 102 de la Ley 30/1992, por lo que el Consejo de Estado propone incluir un apartado en el artículo 102 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en el que, con fijación de plazo, se prevea la revocación por la Administración, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, de actos administrativos firmes cuando procedan de una decisión impuesta específicamente por la Comisión Europea o de una sentencia del Tribunal de Justicia”<sup>727</sup>.

De todas formas, y al igual que sucedió con la reforma constitucional no concretada para incorporar el Derecho de la Unión Europea<sup>728</sup>, las previsiones de modificaciones normativas previstas en este informe del 2008 tampoco se han concretado<sup>729</sup>. De hecho, el gobierno (con el Tratado de Lisboa ya ratificado y a punto de entrar en vigor) solicitó un nuevo informe al Consejo de Estado, el 23 de noviembre de 2009, en relación con los mecanismos existentes para garantizar el cumplimiento del Derecho de la Unión Europea y, en su caso, determinar y repercutir la responsabilidad a las comunidades autónomas y otros entes en caso de incumplimiento. Informe que emitiría unánimemente la Comisión de Estudios del Consejo de Estado, el 15 de diciembre de 2010, reafirmando sus planteamientos de 2008 con una mayor concreción, a la par que proponía aprobar una ley para la garantía del cumplimiento del Derecho de la Unión Europea en la que, de modo unitario, se regulasen tanto los medios de prevención y reacción frente al incumplimiento del ordenamiento europeo como los mecanismos de repercusión de la responsabilidad del Estado en los entes incumplidores<sup>730</sup>. No obstante, estas innovadoras propuestas normativas todavía hoy no se han convertido en realidad.

---

<sup>727</sup> *Vid. ibidem*, pp. 228-229 y p. 365.

<sup>728</sup> Como veremos en el Capítulo Tercero, se produciría una reforma constitucional relacionada con la Unión en su aspecto económico y presupuestario que se concretaría en un nuevo art. 135, sin que ello suponga ningún reconocimiento institucional de la propia UE a pesar de que tanto la Unión Europea como el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea son mencionados explícitamente.

<sup>729</sup> En febrero del año 2008 las Cortes Generales estaban disueltas por la convocatoria de elecciones y las nuevas Cortes resultantes tendrían como primera prioridad en relación con la UE, la ratificación del Tratado de Lisboa aprobado en diciembre del año 2007. Pero sobre esto nos detendremos en el próximo Capítulo de esta tesis doctoral.

<sup>730</sup> *Vid.* Informe del Consejo de Estado sobre las garantías del cumplimiento del Derecho Comunitario, de 15 de diciembre de 2010, pp. 309-314 y pp. 323-324.



## **CAPÍTULO TERCERO EL TRATADO DE LISBOA**

### **I. INTRODUCCIÓN**

El presente Capítulo examina el Tratado de Lisboa rubricado el 13 de diciembre de 2007 que modifica el Tratado de la Unión Europea y el Tratado de la Comunidad Europea, el cual es redominado como Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Este Tratado de Lisboa sería la respuesta consensuada por todos los estados miembros de la Unión al fiasco ocasionado por los rechazos de Francia y Holanda en sendos *referenda* a la ratificación del Tratado Constitucional examinado en el Capítulo Segundo y que, en la práctica, impidieron su entrada en vigor.

Por ello estudiaremos en primer lugar el complejo período temporal comprendido entre el año 2005, fecha de las mencionadas consultas negativas, y el año 2007, en que se llega a la solución cuya concreción encarna el Tratado lisboeta, haciendo un repaso de las principales propuestas y alternativas barajadas para superar la situación de incertidumbre derivada del fracaso del Tratado Constitucional.

En segundo lugar analizaremos la esencia y el contenido del Tratado de Lisboa. Tratado singular porque bajo una apariencia formal que se aleja del Tratado Constitucional y vuelve a la tradicional fórmula de modificaciones superpuestas y versiones consolidadas, mantiene la gran mayoría de aportaciones e innovaciones aportadas por dicho Tratado. De ahí que a lo largo de este Capítulo Tercero nos refiramos en múltiples ocasiones al velo que implica el Tratado de Lisboa; velo porque mantiene el contenido del Tratado Constitucional pero con un traje no constitucional.

Estudiaremos también el dificultoso período de ratificación del Tratado de Lisboa, que se demoraría prácticamente dos años desde la fecha de su rúbrica, entrando en vigor el 1 de diciembre del 2009.

Para finalizar este Capítulo, estableceremos una comparativa entre el Tratado Constitucional y el Tratado de Lisboa, que nos permitirá extraer los mimbres con los que abordar la dimensión constitucional y federal de dicho Tratado, a la par que analizamos sus perspectivas de futuro a la luz de las dificultades de la Unión en su conjunto para hacer frente a la actual crisis económica y financiera, que ha motivado la modificación del art. 136 TFUE y una más reciente propuesta de reforma que, en principio y ante el rechazo británico, se articulará por la vía intergubernamental.

## II. DE LA CONSTITUCIÓN EUROPEA AL TRATADO DE LISBOA

Como reflejábamos en el Capítulo Segundo, el *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*, denominado en este trabajo Tratado Constitucional o simplemente Constitución Europea, fue firmado en Roma por los entonces veinticinco estados de la Unión Europea el 29 de octubre de 2004. No obstante, casi desde su rúbrica, las vicisitudes marcaron el devenir de este Tratado Constitucional que, después de los rechazos explícitos de Francia y Holanda e implícitos de otros países, no llegaría a ratificarse; y esto pese a que cuando finalmente se decide abortar el proceso de ratificación, dieciocho estados ya la habían apoyado, entre ellos España, así como el Parlamento Europeo<sup>731</sup>.

En este epígrafe analizaremos este proceso, así como las diferentes propuestas planteadas para salir de este *impasse* que finalmente cristalizarían con la firma del Tratado de Lisboa el 13 de diciembre de 2007, más de tres años después del texto rubricado en la capital italiana.

### A. Los referendos negativos de 2005

El Tratado Constitucional, tal y como acabamos de mencionar, se rubricó en Roma el 29 de octubre de 2004, iniciándose a continuación el proceso de ratificación del mismo conforme a lo previsto en el art. IV-447 TC, que exigía la ratificación por todos los estados miembros y que la misma se produjera de conformidad con las normas constitucionales de cada Estado.

---

<sup>731</sup> Vid. *Resolución del Parlamento Europeo sobre el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*, de 12 de enero de 2005, en la que se respaldaba al texto constitucional por una amplia mayoría (500 votos a favor, 137 en contra y 40 abstenciones).



El proceso de ratificación era, al igual que en ocasiones anteriores, complejo y no uniforme, pues algunos estados adoptaron la vía de ratificación parlamentaria mientras otros acudían al *referendum*<sup>732</sup>. Curiosamente, este proceso había empezado con buen pie: Lituania, Hungría y Eslovenia ratificaron en los meses inmediatamente posteriores a la rúbrica de octubre; Italia, Grecia, Austria, Eslovaquia y Alemania siguieron ese paso; y España se convertiría en el primer Estado de la Unión que refrendaba por consulta popular el texto, a través del *referendum* de 20 de febrero de 2005 en el que el sí a la Constitución logró el 76,7% frente a un 17,2% de votos negativos<sup>733</sup>, aunque con un elevado nivel de abstención (57,6%) que, como recuerda Figueruelo Burrieza, supuso “la cifra más baja de participación de todas las citas, en el ámbito nacional, con las urnas desde que se reestableció la democracia”<sup>734</sup>.

No obstante, el Presidente francés, Jacques Chirac, había convocado en el país galo un *referendum* de ratificación del Tratado Constitucional para el 29 de mayo de 2005, cuyo resultado negativo (54,8% de noes con casi un 70% de participación) supuso un boquete en la línea de flotación del proceso constitucional. Apenas unos días después, Holanda rechazaba la *Carta Magna* con un 61,6% de votos negativos y un 62,8% de participación, haciendo inútil en la práctica el posterior resultado favorable del *referendum* luxemburgués<sup>735</sup>.

Como expone Mariscal Berastegui siguiendo los datos del *Eurobarómetro* posterior a los citados referendos, el rechazo francés se sustentó en “efectos negativos sobre el empleo (31%); la mala situación económica y del empleo en Francia (26%); orientación económica excesivamente «liberal» (19%) e insuficiencia de la Europa social (16%); oposición al Presidente de la República, al Gobierno o a ciertos partidos

---

<sup>732</sup> El pasado reciente mostraba ejemplos de rechazo a modificaciones de los Tratados comunitarios a través de la consulta popular, como los casos de Dinamarca o Irlanda, que ralentizaron la aplicación de varias reformas de los mismos.

<sup>733</sup> Dado el carácter formalmente consultivo del *referendum*, éste tendría que ir acompañado de la ratificación por la vía del art. 93 de la Constitución, lo que se haría a través de la Ley Orgánica 1/2005, de 20 de mayo.

<sup>734</sup> FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela: *Luces...*, p. 215.

<sup>735</sup> Luxemburgo sería el segundo y último Estado que ratificaría el Tratado Constitucional a través de consulta popular, el 10 de julio de 2005, obteniendo el sí el 56,5% de los votos con una participación de casi el 87%.

(18%); y excesiva complejidad de la Constitución Europea (12%)”<sup>736</sup>. En el caso holandés, las razones fundamentales del rechazo habrían sido “la falta de información (32%); pérdida de la soberanía nacional (19%); oposición al Gobierno nacional y ciertos partidos políticos (14%); excesivo costo económico de Europa (13%)”<sup>737</sup>.

El entonces Primer Ministro belga, Guy Verhofstadt, daba seis claves fundamentales para entender los resultados de estas dos consultas: la utilización del *referendum* sobre la Constitución Europea como vehículo para manifestar la insatisfacción con la política interna del país por parte de muchos ciudadanos; el temor ante los procesos de la globalización y deslocalización; las dudas que despierta Europa para ofrecer una respuesta adecuada; el exceso de celo normativo por parte de la Unión que puede causar innecesariamente la sensación de pérdida de identidad; el temor a un aumento de la inseguridad; y las negociaciones de adhesión con Turquía<sup>738</sup>.

Todo ello supone, a nuestro juicio, que la explicación de cómo dos estados en principio claramente europeístas, rechazaban el texto constitucional, estaría en un “entretejimiento de causas y motivaciones internas, europeas generales y específicas de la Constitución Europea, con menor peso de esta última”<sup>739</sup>. Y ello también porque los mismos sondeos apuntaban también que “esos noes no eran un rechazo a la integración europea, estimando positiva la pertenencia de su país a la UE el 88% de los franceses y el 82% de los neerlandeses”<sup>740</sup>. En esta línea, Aldecoa expone que “el problema de la ratificación no estaba en el Tratado Constitucional sino en el proceso político en el cual transcurría la ratificación, o dicho de otra manera, los «noes», no habían sido causados tanto por el texto como por el contexto en el cual se votó”<sup>741</sup>, si bien Pereira Menaut matiza que “a pretenciosa arquitectura do Tratado Constitucional, xunto coa lóxica

<sup>736</sup> MARISCAL BERAATEGUI, Nicolás: “De la ratificación fallida de la Constitución al Tratado de Lisboa”, en Martín y Pérez de Nanclares (coordinador), *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional*, Madrid, Iustel, 2008, p. 60.

<sup>737</sup> *Ibidem*, p. 60.

<sup>738</sup> *Vid.* VERHOFSTADT, Guy: *Los Estados...*, pp. 27-32.

<sup>739</sup> MARISCAL BERAATEGUI, Nicolás: “De la ratificación fallida...”, p. 61. En esta línea, Donnelly expone que la influencia del Tratado Constitucional en el voto de franceses y holandeses fue muy limitada, influyendo más consideraciones de política interna y otras cuestiones de ámbito europeo no afectadas por el texto constitucional, como la falta de una dirección clara de la política europea, el Pacto de Estabilidad o la ampliación, *vid.* DONNELLY, Brendan: “Constitutionalisation Without a Constitution”, *Federal Trust Policy commentary*, January 2008, p. 2.

<sup>740</sup> MARISCAL BERAATEGUI, Nicolás: “De la ratificación fallida...”, p. 61.

<sup>741</sup> ALDECOA LUZÁRRAGA, Francisco - GUINEA LLORENTE, Mercedes: *La Europa que viene...*, p. 50.

estatista que destila, provocaron un rexeitamento desproporcionado, que se cadra unha constitución formalmente máis sobria non tería provocado”<sup>742</sup>.

En todo caso, los rechazos de Francia y de Holanda supusieron un mazazo para los principales dirigentes europeos y “se vivieron como un auténtico terremoto político, tanto en los propios países como en toda Europa”<sup>743</sup>. Conviene recordar, como ya advertíamos en el Capítulo Segundo, que conforme a lo dispuesto en el art. IV-447 TC, la ratificación del Tratado Constitucional requería la unanimidad de todos los estados miembros. Es verdad que se había previsto una cláusula, a través de la *Declaración relativa a la ratificación del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*, que permitía que el proceso de ratificación siguiera vivo aunque hubiera rechazo por parte de algún Estado, pero esta Declaración tenía un carácter tan ambiguo que no fijaba ningún mecanismo de actuación para ese caso concreto, salvo remitirse al Consejo Europeo; además, el total de miembros que llegaron a ratificar (dieciocho) no alcanzó la cifra de cuatro quintos prevista en dicha cláusula.

A lo anterior habría que añadir que, a diferencia de lo ocurrido con las ratificaciones de los Tratados de Maastricht y Niza que tuvieron un rechazo inicial de dos estados pequeños, Dinamarca e Irlanda respectivamente, en este caso la negativa había sido de un Estado fundador y de la importancia cuantitativa y cualitativa de Francia (acompañado también de la negativa holandesa), lo que ponía en serio peligro la entrada en vigor del Tratado Constitucional, apareciendo “el fantasma de un efecto dominó”<sup>744</sup>, máxime cuando entre otras ratificaciones pendientes, faltaba la del Reino Unido.

#### B. Período de reflexión y debate. Propuestas para superar el *impasse*

Ante la situación imprevista y desconcertante derivada de los rechazos de Francia y Holanda al Tratado Constitucional, que dejaban en una posición secundaria las diez ratificaciones del texto constitucional que se habían producido hasta ese momento, el

<sup>742</sup> PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos: “¿Otro modelo...”, p. 189. Este profesor proponía inspirarse en el modelo norteamericano para superar el fracaso del Tratado Constitucional, estableciendo una serie de rasgos básicos para una nueva propuesta constitucional europea, *vid. ibidem*, pp. 190-206.

<sup>743</sup> PIRIS, Jean-Claude, *El Tratado Constitucional para Europa: un análisis jurídico*, Madrid, Marcial Pons, 2006, p. 40.

<sup>744</sup> MARISCAL BERAESTEGUI, Nicolás: “De la ratificación fallida...”, p. 61.

Consejo Europeo celebrado en Bruselas el 16 y 17 de junio de 2005 efectuó una Declaración institucional por la que manifestaba que “los recientes acontecimientos no ponen en tela de juicio la validez de la continuación de los procesos de ratificación”, si bien “el calendario de la ratificación en distintos Estados miembros se adaptará, en caso necesario, a la luz de estos acontecimientos y en función de las circunstancias en dichos Estados miembros”, tomándose el acuerdo de reunirse dentro de un año “para proceder a una valoración de conjunto de los debates nacionales y acordar los próximos pasos del proceso”<sup>745</sup>.

Se abría, por tanto, un período de reflexión donde los estados podían optar por cualquiera de las dos variables: continuar con las ratificaciones o aplazarlas, dejándose libertad a los estados miembros para seguir adelante o no con el proceso de ratificación de la Constitución Europea. Por ello Verhofstadt decía irónicamente que el Consejo Europeo “tomó la decisión de no tomar ninguna decisión”<sup>746</sup>.

A diferencia de lo acontecido en el seno de los trabajos de la Convención Europea, esta fase de reflexión y debate se caracterizaría “por la ausencia de propuestas de alcance político significativo y por una atonía institucional generalizada, que ratificaba la sensación de «impasse»”<sup>747</sup>. Ciertamente es que tanto la Comisión Europea como el Parlamento Europeo apostaron por la defensa del Tratado Constitucional y por abrir el debate a la ciudadanía y a la sociedad civil<sup>748</sup>. No obstante, la falta de iniciativa política, en especial durante el período rotatorio de Presidencia de la Unión por el Reino Unido, así como las disputas entre estados, lastraron el proceso<sup>749</sup>.

<sup>745</sup> *Declaración de los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros de la Unión Europea sobre la ratificación del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*, 16 y 17 de junio de 2005.

<sup>746</sup> VERHOFSTADT, Guy: *Los Estados...*, p. 46.

<sup>747</sup> ALDECOA LUZÁRRAGA, Francisco - GUINEA LLORENTE, Mercedes: *La Europa que viene...*, p. 52.

<sup>748</sup> *Vid. Contribución de la Comisión al período de reflexión y más allá: Plan D de democracia, diálogo y debate*, Bruselas, 13 de octubre de 2005, y *Resolución del Parlamento Europeo sobre el período de reflexión: la estructura, los temas y el contexto de una evaluación del debate sobre la Unión Europea*, 19 de enero de 2006.

<sup>749</sup> MARISCAL BERAATEGUI, Nicolás: “De la ratificación fallida...”, p. 62. Mariscal describe este momento como de “escasa participación de la ciudadanía y de la sociedad civil, más sensible a los problemas económicos y sociales, el período de reflexión se prolonga y languidece, la Constitución se valora poco como futuro beneficio de Europa y entre los Estados miembros crecen nuevos brotes de proteccionismo económico y nacionalismo, no obstante se reconoce que la Unión Europea no puede funcionar con las reglas actuales”, p. 62.

Los meses siguientes transcurrieron con esta ambivalencia: se sucedían los estados que ratificaban el Tratado Constitucional (Chipre, Malta, Bélgica, Estonia o Finlandia) mientras otros decidían aplazar, suspender o retrasar la susodicha ratificación (Reino Unido, Polonia, Dinamarca, República Checa y Suecia).

En este contexto y conforme a la Declaración efectuada el año anterior, el Consejo Europeo se reunió en Bruselas el 15 y 16 de junio de 2006. Los Jefes de Estado y de Gobierno, tras hacer una satisfactoria valoración del período de reflexión<sup>750</sup>, cosa cuando menos discutible<sup>751</sup>, asumían que era necesario superar la situación de *impasse*, para lo que establecieron, en sus conclusiones, un “planteamiento dual”<sup>752</sup> que conformaría la hoja de ruta a seguir con el fin de conseguir resultados concretos.

En primer lugar, el Consejo Europeo establece que “deberían aprovecharse mejor las posibilidades que ofrecen los tratados en vigor, con el fin de ofrecer a los ciudadanos los resultados concretos que éstos esperan”<sup>753</sup>. En esta línea irían algunos acuerdos adoptados en este Consejo, como en lo relativo a la transparencia donde se aprueba un Anexo sobre una “Política Global de Transparencia” que disponía que “todas las deliberaciones del Consejo sobre actos legislativos que deban adoptarse por codecisión estarán abiertas al público, al igual que las votaciones y la explicación de voto por parte de miembros del Consejo. El Consejo o el Coreper podrán decidir que una deliberación concreta no esté abierta al público”<sup>754</sup>.

---

<sup>750</sup> En las Conclusiones se dice que “el Consejo Europeo acoge con satisfacción las distintas iniciativas adoptadas en el marco de los debates nacionales, así como las contribuciones de la Comisión y el Parlamento al periodo de reflexión. Deberían mantenerse los esfuerzos significativos realizados para intensificar y ampliar el diálogo con los ciudadanos europeos, incluida la iniciativa “plan D” de la Comisión. El período de reflexión ha servido fundamentalmente para que la Unión pueda hacer balance de las inquietudes y preocupaciones puestas de manifiesto durante el proceso de ratificación [...]”, *Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo, 15 y 16 de junio de 2006*, n° 44 y 45.

<sup>751</sup> Es cierto que instituciones como la Comisión o el Parlamento Europeo hicieron loables esfuerzos en este período por abrir el debate a la ciudadanía y a la opinión pública, a través del Plan D de la Comisión y de su contribución “Una agenda de los ciudadanos para Europa”, o de la reunión parlamentaria conjunta sobre el “Futuro de Europa” los días 8 y 9 de mayo de 2006 impulsada por el Parlamento Europeo con la Presidencia austriaca, que a su vez organizó la conferencia “El sonido de Europa” celebrada el Salzburgo los días 27 y 28 de enero de 2006. No obstante, la participación de la ciudadanía en el proceso fue mínima, existiendo una sensación de atonía generalizada a la espera de ulteriores acontecimientos. Como expone Aldecoa, este momento no hacía sino “enmascarar el hecho de que el Consejo Europeo era consciente de que no se podía avanzar ninguna solución hasta que no se hubieran celebrado las elecciones en los países que debían ofrecer una salida, Francia y los Países Bajos”, ALDECOA LUZÁRRAGA, Francisco - GUINEA LLORENTE, Mercedes: *La Europa que viene...*, p. 52.

<sup>752</sup> *Vid. Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo, 15 y 16 de junio de 2006*, n° 46.

<sup>753</sup> *Ibidem*.

<sup>754</sup> *Ibidem*, Anexo I y Conclusión n° 35. En puridad, sería una transposición de lo dispuesto en el art. I-50.2 del Tratado Constitucional para el Consejo.

En segundo lugar se dispone que “la Presidencia presentará al Consejo Europeo durante el primer semestre de 2007 un informe elaborado a partir de extensas consultas con los Estados miembros. Este informe debería incluir una evaluación del estado de los debates en relación con el Tratado Constitucional y estudiar posibles evoluciones futuras”<sup>755</sup>. Dicho informe sería “examinado ulteriormente por el Consejo Europeo y el resultado del mismo servirá como base para la adopción de nuevas decisiones sobre la manera de proseguir el proceso de reforma, entendiéndose que deberán adoptarse las medidas necesarias a tal efecto durante el segundo semestre de 2008 a más tardar”<sup>756</sup>.

Además, el Consejo Europeo pedía adoptar, el 25 de marzo de 2007 en Berlín, una “declaración política de los mandatarios de la Unión Europea, en la que se expongan los valores y aspiraciones de Europa y se confirme su compromiso común de alcanzarlos, mediante la cual se conmemore el 50 aniversario de los Tratados de Roma”<sup>757</sup>. No obstante, la citada Declaración fue bastante tímida al respecto, siendo el elemento más destacable el horizonte temporal, al manifestar “el empeño de dotar a la Unión Europea de fundamentos comunes renovados de aquí a las elecciones al Parlamento Europeo de 2009”<sup>758</sup>.

Paralelamente, y en el contexto de la precampaña de las elecciones presidenciales francesas, Nicolas Sarkozy, entonces candidato y a partir del año 2007 Presidente, expone su propuesta de salvar las principales reformas institucionales recogidas en la Constitución, a modo de un mini-tratado elaborado por una Conferencia Intergubernamental que garantice el funcionamiento inmediato de la Unión Europea, dejando para el futuro el debate sobre la arquitectura constitucional de la Unión<sup>759</sup>. Esta

<sup>755</sup> *Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo, 15 y 16 de junio de 2006*, nº 47.

<sup>756</sup> *Ibidem*, nº 48; también dispone que “cada Presidencia en ejercicio desde el inicio del periodo de reflexión tiene una responsabilidad especial a la hora de garantizar la continuidad de este proceso”. Este inciso serviría de base para la formalización en septiembre de ese mismo año, a través de una reforma del Reglamento del Consejo de la Unión, de los “equipos” de Presidencias, por el que cada dieciocho meses los tres estados que asuman consecutivamente la Presidencia semestral del Consejo Europeo y del Consejo prepararían un programa conjunto de actividades, en cooperación con la Comisión y siendo aprobado por el propio Consejo.

<sup>757</sup> *Ibidem*, nº 49.

<sup>758</sup> *Declaración con ocasión del quincuagésimo aniversario de la firma de los Tratados de Roma*, Berlín, 25 de marzo de 2007.

<sup>759</sup> *Vid.* SARKOZY, Nicolas: “L’Europe de demain, une nouvelle vision française”, *Discours à l’invitation des Amis de l’Europe et la Fondation Robert Schuman*, Bruselas, Bibliothèque Solvay, 8 de septiembre de 2006; Sarkozy defendía una ratificación parlamentaria que posibilitara una rápida entrada en vigor de este mini-tratado, dejando la redacción de un texto más ambicioso a una Convención elegida después de un verdadero debate democrático una vez celebradas las elecciones al Parlamento Europeo de 2009. Además existía una propuesta de Tratado revisado elaborada por el *Centrum für Angewandte*

propuesta sugeriría, en suma, un rescate selectivo del texto constitucional<sup>760</sup>, cosa no similar, aunque en puntos concretos complementaria, con el posterior rescate sustantivo que propondría la Presidencia alemana de la Unión a lo largo del primer semestre del 2007.

Por lo tanto, a 1 de enero de 2007, fecha en que Alemania inicia su Presidencia rotatoria de la Unión Europea, existía acuerdo entre los distintos socios comunitarios en que había que tomar decisiones para salir del *impasse* constitucional con una fecha límite (segundo semestre del 2008) adoptada en el Consejo Europeo de junio de 2006 para llevar a cabo este proceso. Lo que todavía no había era un acuerdo sobre la dirección en la que habrían de ir dichas decisiones; en este sentido, podemos sintetizar, siguiendo al Profesor Nanclares, cuatro posibles soluciones<sup>761</sup>:

En primer lugar, mantener la forma actual del Tratado Constitucional. Posibilidad sustentada en buscar algún mecanismo que permitiera un nuevo intento de ratificación por parte de Francia y Holanda, tal y como había acontecido anteriormente con Dinamarca e Irlanda en relación con la ratificación de los Tratados de Maastricht y Niza respectivamente. Esta opción había sido descartada por el gobierno holandés<sup>762</sup> y, desde luego, no parecía posible ponerla en práctica, puesto que la importancia cuantitativa y cualitativa de los dos referendos negativos y de los estados que rechazaron, hacían prácticamente imposible una solución de este tipo; además, aquéllos que todavía estaban pendientes de ratificar el Tratado Constitucional, se mostraban en contra de esta solución<sup>763</sup>.

---

*Politikforschung* de Munich, que extraía del Tratado Constitucional toda la parte relativa a la reforma institucional y la trasladaba al Tratado de Niza, *vid.* TORREBLANCA, José Ignacio: “España toma la iniciativa europea”, Real Instituto Elcano, nº 8, (2007), pp. 4-5; MARISCAL BERAATEGUI, Nicolás: “De la ratificación fallida...”, pp. 66-67.

<sup>760</sup> *Vid.* ALDECOA LUZÁRRAGA, Francisco - GUINEA LLORENTE, Mercedes: *La Europa que viene...*, p. 53. Creemos oportuno señalar que Gil-Robles, en el Prólogo de esta obra, decía de la propuesta de Sarkozy que “consistía en recortar el traje constitucional para dejarlo en un tanga: el «tratado simplificado»”, añadiendo que esta propuesta finalmente fue descartada “aunque nuestros colegas franceses sigan llamando «tratado simplificado» a lo que no es ni una cosa ni otra, GIL-ROBLES GIL-DELGADO, José María: Prólogo a *La Europa que viene: El Tratado de Lisboa*, Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 16.

<sup>761</sup> *Vid.* MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José: “Soluciones al actual *impasse* constitucional en la Unión Europea: la opción del *Tratado reducido*”, *Working Paper*, Real Instituto Elcano, 2007, pp. 2-4.

<sup>762</sup> *Carta del Ministro de Asuntos Exteriores y del Ministro de Asuntos Europeos a la Cámara de Representantes, relativa al estado del debate sobre un nuevo tratado europeo*, 19 de marzo de 2007.

<sup>763</sup> Como hace notar Nanclares, sólo Giscard d’Estaing, antiguo Presidente de la Convención Europea, se mostraba partidario de mantener intacto a toda costa el Tratado Constitucional, *vid.* MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José: “Soluciones al actual...”, p. 3.

En segundo lugar, descartar el Tratado Constitucional y volver a negociar partiendo del Tratado de Niza con vistas a alcanzar un “Niza plus”. Opción que el profesor Nanclares consideraba insatisfactoria y significaba acabar con años de trabajo, incluyendo la labor de la Convención que había proporcionado más transparencia, y con un Tratado Constitucional firmado por todos los estados miembros de la Unión y ratificado por dos tercios de los mismos.

En tercer lugar, sustentar las negociaciones sobre la base del Tratado Constitucional. Esta posibilidad, que Nanclares apuntaba como la más apropiada, tendría la dificultad de determinar el alcance de las modificaciones y enmiendas, que para los estados que ya habían ratificado tendrían un carácter mínimo, mientras que los que no lo habían hecho podrían pretender introducir modificaciones de carácter sustantivo. De esta forma aspectos clave de la reforma, como el ámbito institucional, podrían reabrirse a través del denominado *cherry picking* y no cumplir la agenda temporal prevista para salir del *impasse*.

Finalmente, estaría la posibilidad de combinar las diferentes posiciones, a través de un texto donde convergieran el Tratado de Niza y el Tratado Constitucional, del que se derivaría un nuevo Tratado que modificaría (no suprimiría) los Tratados constitutivos entonces en vigor, al tiempo que contendría la esencia del Tratado Constitucional.

En suma, había que conciliar las posiciones de los estados que ya habían ratificado el Tratado Constitucional, las de aquéllos que lo habían rechazado y las de los que, sin haberlo rechazado, no tenían intención de ratificar el Tratado en los términos en que estaba redactado. Por lo tanto, había que encontrar un “mínimo común denominador”<sup>764</sup>, una esencia indispensable que diera satisfacción a las líneas rojas de las diferentes posiciones.

Como acabamos de ver, Sarkozy había propuesto un mini-tratado, lo que parecía una solución de mínimos para salvar los aspectos fundamentales del ámbito institucional<sup>765</sup>. La alternativa a este escenario, como exponía Duff, era “la opción

---

<sup>764</sup> *Ibidem*, p. 6.

<sup>765</sup> Según el profesor Nanclares el mini-tratado contendría los siguientes puntos: las disposiciones relativas a la configuración de la mayoría cualificada en el Consejo a través del sistema de la doble mayoría; la ampliación de las situaciones que requieren el voto por mayoría cualificada y el procedimiento de codecisión; la elección del Presidente de la Comisión por parte del Parlamento



«constitucional más», es decir, modificar el texto original en vistas a mejorarlo substancialmente”<sup>766</sup>.

En esta línea, Leinen y Kreutz apuntaban que la mejor solución para salir de la crisis era dividir la Constitución Europea en dos partes, un “Tratado Fundamental” y un “Tratado sobre las Políticas”. El Tratado Fundamental recogería las cláusulas fundamentales de valores, objetivos, instituciones y competencias de la Unión Europea (es decir, las Partes I y IV del Tratado Constitucional), contando con unos setenta artículos. El Tratado sobre las Políticas estaría vinculado directamente con el Tratado Fundamental, recogería la Parte III del texto constitucional con dos Protocolos añadidos relativos a la Protección Climática y a la Europa Social. Por su parte, la Carta de los Derechos Fundamentales, Parte II del Tratado Constitucional, sería vinculante legalmente a través de un mandato que se recogería en el Tratado Fundamental, pero el texto se añadiría como Protocolo<sup>767</sup>.

Esta fórmula, que se acercaría más al modelo de rescate sustantivo, podría tener la virtud de satisfacer a quienes rechazaban la terminología Constitución y temían la creación de un superestado europeo (Francia y Holanda que ya habían rechazado el texto constitucional, pero también Reino Unido, Polonia y República Checa, que no lo habían ratificado), manteniendo, a pesar de los cambios en la forma, el contenido del Tratado Constitucional y, en especial, conservando de forma inalterada la Parte I, lo que

---

Europeo; la presidencia estable del Consejo; la creación del cargo de Ministro europeo de Asuntos Exteriores; los mecanismos de iniciativa legislativa popular y la cooperación reforzada, y la atribución expresa de personalidad jurídica a la UE. Además, el debate sobre la reforma de la Comisión se pospondría hasta el año 2014, *vid. ibidem*, p. 7. El citado profesor se muestra especialmente crítico con la propuesta de Sarkozy: “En primer lugar, no conserva en absoluto la esencia del TC. Más que recortar el Tratado, Sarkozy propone su mutilación hasta lo irreconocible, y una reducción del mismo a un riguroso mínimo, absolutamente insuficiente. En segundo lugar, sólo cubre la dimensión institucional e ignora cuestiones sustantivas importantes, como todo lo relativo a las nuevas competencias en el ámbito de defensa, o lo concerniente a la Libertad, la Seguridad y la Justicia que, de acuerdo con su propuesta, serían instauradas por el Parlamento Europeo. En tercer lugar, la solución propuesta en relación con la reforma de la Comisión infringe claramente la legislación actual, que exige una nueva normativa para la Comisión que debería adoptarse en noviembre de 2009”, *ibidem*, p. 9.

<sup>766</sup> DUFF, Andrew: “El dilema constitucional europeo”, en BORRELL FONTELLES, Josep (coordinador), *Europa en la encrucijada*, nº 12, Fundación Cajamar, 2007, p. 118. Una síntesis de los diferentes posicionamientos doctrinales acontecidos entre los referendos negativos y el comienzo de la presidencia alemana de la Unión el 1 de enero de 2007 puede verse en MARISCAL BERAESTEGUI, Nicolás: “De la ratificación fallida...”, p. 64.

<sup>767</sup> *Vid.* LEINEN, Jo - KREUTZ, Jan: “El futuro de Europa. Sacando a Europa de la crisis constitucional”, en BORRELL FONTELLES, Josep (coordinador), *Europa en la encrucijada*, nº 12, Fundación Cajamar, 2007, p. 153. En sentido similar se pronunciaba el profesor Nanclares, estableciendo elementos no negociables en cada una de las cuatro partes del Tratado Constitucional que permitirían mantener la esencia del mismo en el nuevo Tratado, *vid.* MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José: “Soluciones al actual...”, pp. 9-10.

podría ser aceptable para los dieciocho estados que habían ratificado el texto constitucional<sup>768</sup>. Quedaría pues, en manos de la presidencia alemana determinar si el consenso se aproximaba más a una u a otra alternativa<sup>769</sup>.

### C. La opción de rescatar sustantivamente la Constitución adoptada por el Consejo Europeo en junio de 2007

Cuando Alemania asume la Presidencia semestral de la Unión, dieciocho estados han ratificado el Tratado Constitucional, dos por consulta popular (España y Luxemburgo) y los dieciséis restantes por el trámite parlamentario (Alemania, Austria, Bélgica, Chipre, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Finlandia, Grecia, Hungría, Italia, Letonia, Lituania y Malta, incluyendo también a Bulgaria y Rumanía, que la asumieron en las negociaciones de adhesión).

Por lo tanto, y a pesar de los rechazos explícitos al Tratado Constitucional por parte de Francia y Holanda, y la suspensión del proceso de ratificación por Reino Unido, Polonia y la República Checa, el texto constitucional gozaba de una fuerte legitimación política, abriéndose paso como vía más factible para superar el *impasse* la renegociación del Tratado Constitucional, en contraposición con otras opciones que implicaban el abandono de los avances del proceso constitucional de los últimos años<sup>770</sup>.

En este contexto, la Canciller alemana, Angela Merkel, presentó el 17 de enero en el Parlamento Europeo su plan para desbloquear el Tratado Constitucional, con la pretensión temporal de que la reforma estuviera operativa con miras a las elecciones europeas de 2009 y bajo la hoja de ruta de que las aportaciones emanadas del Tratado

<sup>768</sup> Vid. LEINEN, Jo - KREUTZ, Jan: “El futuro...”, p. 153. Estos autores recalcan que “reabrir el compromiso constitucional conseguido en la Convención, cambiando por ejemplo el número de votos en el Consejo como sugirió el Gobierno Polaco, supondría deshacer todo lo conseguido con la Constitución y volver a empezar desde el principio”.

<sup>769</sup> Duff lo describía del siguiente modo: “Teniendo en cuenta que ambas alternativas eran susceptibles de padecer otro fracaso, la cuestión clave era saber si el consenso se aproximaría más a una u otra: ¿el nuevo texto sería una versión peor que la del 2004, o una versión mejor? En otras palabras, ¿nos contentamos con la opción «second best», o intentamos resolver los problemas que han causado tanto revuelo contra el proyecto constitucional entre la opinión pública?”, DUFF, Andrew: “El dilema constitucional...”, p. 118.

<sup>770</sup> Vid. ALDECOA LUZÁRRAGA, Francisco - GUINEA LLORENTE, Mercedes: *La Europa que viene...*, p. 52. Este autor apunta que “atendiendo a la dimensión europea de las ratificaciones, hay que subrayar que dos tercios de los Estados miembros y 270 millones de ciudadanos –más del 55 por 100 de la población total– habían dado su apoyo directo o indirecto al Tratado Constitucional”, *ibidem*; sobra decir, por reiterado, que apoyo directo a través de referendo popular sólo se logró en España y Luxemburgo.

Constitucional eran imprescindibles, lo que orientaba el trabajo de la Presidencia germana hacia el “rescate sustantivo” del texto constitucional<sup>771</sup>.

Paralelamente, los gobiernos español y luxemburgués (únicos estados que ratificaron por *referendum*) impulsaron la celebración de reuniones al máximo nivel entre los países que ya habían ratificado y los que aún no lo habían hecho pero manifestaban voluntad de ratificar, destacando la reunión de Madrid de 26 de enero de 2007<sup>772</sup>, donde se apoyaba la vigencia del Tratado Constitucional y su papel como instrumento para dar respuesta a los desafíos de la Unión Europea del futuro<sup>773</sup>; al mismo tiempo, esta actuación servía de contrapeso a los países “agitadores”<sup>774</sup> y daba una coartada a la Presidencia alemana para abogar por el rescate sustancial del Tratado Constitucional.

De esta forma, Alemania comenzó a explorar las posibilidades para llevar a efecto dicho rescate, para lo cuál los veintisiete estados nombraron *sherpas*, consejeros de alto nivel con capacidad para elaborar un marco de negociación, que se fueron reuniendo desde la segunda quincena de enero.

---

<sup>771</sup> Vid. *Programa de la Presidencia alemana*, Parlamento Europeo, 17 de enero de 2007. Apenas un mes antes, en diciembre, el embajador alemán ante la Unión Europea adelantaba la agenda de la Presidencia alemana: apuesta por mantener el contenido sustancial del Tratado Constitucional, sondeo de las opiniones de los estados miembros, establecimiento de un informe de situación, así como de procedimientos y calendarios, evitar una nueva Convención Europea y convocatoria de una Conferencia Intergubernamental corta y de carácter técnico, *vid.* MARISCAL BERAATEGUI, Nicolás: “De la ratificación fallida...”, p. 63.

<sup>772</sup> Cumbre conocida como “Los amigos del Tratado Constitucional”, a la que acudieron los dieciocho estados que ya habían ratificado, dos que no lo habían hecho pero que manifestaban no tener problemas para conseguir la ratificación (Portugal e Irlanda) y otros dos como países observadores (Suecia y Dinamarca).

<sup>773</sup> No obstante, estos estados admitían que se realizasen modificaciones mínimas al Tratado Constitucional con el fin de facilitar el consenso. De hecho el entonces Ministro español de Asuntos Exteriores declaraba al finalizar dicha cumbre que estaban dispuestos a “introducir modificaciones a la Constitución con el fin de facilitar un acuerdo con los dos Estados miembros que la habían rechazado y con los siete Estados restantes que habían pospuesto la toma de su decisión”, aclarando en todo caso que preferían “una propuesta audaz, que no temeraria, que hacerlo con una propuesta de mínimos que, inevitablemente, nos llevaría a un acuerdo igualmente de mínimos, que la realidad demostraría pronto insuficiente”, Madrid, 26 de enero de 2007.

<sup>774</sup> Duff inscribiría en este grupo a Holanda, República Checa y Polonia. En el primer caso, el gobierno holandés remitía, el 19 de marzo de 2007, una carta a su propio Parlamento considerando que el nuevo Tratado debería carecer de pretensiones constitucionales y ser “convincientemente diferente en contenidos, amplitud y nombre”, manteniendo la estructura de pilares, suprimiendo la referencia a los símbolos de la Unión y reforzando el principio de subsidiariedad y las competencias estatales en políticas sociales y fiscales; el gobierno checo proponía una cláusula de “opt-out” que permitiera no adoptar la legislación comunitaria en diversos ámbitos, a la manera inversa del funcionamiento de las cooperaciones reforzadas; Polonia, por su parte, rechazaba el criterio empleado para definir la mayoría cualificada y proponía un nuevo modelo basado en la raíz cuadrada de las poblaciones de los estados miembros, *vid.* DUFF, Andrew: “El dilema constitucional...”, pp. 119-120.

Así, una vez superada la fecha del cincuenta aniversario de la firma de los Tratados de Roma con la ambigua Declaración de Berlín<sup>775</sup> y sobre la base de las consultas efectuadas durante la primera parte de la Presidencia germana, el gobierno alemán envió en abril un cuestionario de doce preguntas a los veintisiete estados miembros que, por su importancia, reproducimos:

- “1. ¿Cómo reciben la propuesta hecha por algunos Estados miembros de no anular los tratados existentes, sino de volver al sistema clásico de modificación de tratados, preservando a la vez la personalidad legal única y eliminando la estructura de pilares de la UE?*
- 2. En tal caso, ¿cómo reciben la propuesta hecha por algunos Estados miembros de preservar el enfoque consolidado de la Parte I, con los cambios de formato necesarios producidos por una vuelta al método clásico de modificación de tratados?*
- 3. ¿Cómo reciben la propuesta hecha por algunos Estados miembro de usar una terminología diferente sin cambiar el contenido, en lo referente por ejemplo al título del Tratado, la denominación de los actos legales comunitarios y el Ministro Europeo de Asuntos Exteriores?*
- 4. ¿Cómo reciben la propuesta hecha por algunos Estados miembro de no incluir ningún artículo que haga referencia a los símbolos de la UE?*
- 5. ¿Cómo reciben la propuesta hecha por algunos Estados miembro de no incluir ningún artículo que reafirme explícitamente la primacía del Derecho Comunitario?*
- 6. ¿Cómo reciben la propuesta hecha por algunos Estados miembros de sustituir la Carta de Derechos Fundamentales por una corta referencia con el mismo valor legal?*
- 7. ¿Están de acuerdo en que las provisiones institucionales del Tratado Constitucional forman un paquete equilibrado que no debe ser reabierto?*
- 8. ¿Existen otros elementos que, según ustedes, constituyen partes indispensables del compromiso entonces alcanzado?*
- 9. ¿Cómo reciben la propuesta hecha por algunos Estados miembros referente a posibles mejoras/clarificaciones en temas relacionados con los nuevos desafíos que afronta la UE, por ejemplo, en el ámbito energético, en el climático y en el de la inmigración ilegal?*
- 10. ¿Cómo reciben la propuesta hecha por algunos Estados miembros de subrayar los criterios de Copenhague en el artículo sobre la ampliación?*
- 11. ¿Cómo reciben la propuesta hecha por algunos Estados miembros de tratar de alguna u otra manera la dimensión social de la UE?*
- 12. ¿Cómo reciben la propuesta hecha por algunos Estados miembro de aplicar provisiones opt-in/opt-out en algunas de las nuevas provisiones de política establecidas en el Tratado Constitucional?”*<sup>776</sup>

Además, en la introducción de este cuestionario se afirmaban dos aspectos de capital importancia. En primer lugar se decía que “al terminar la cumbre de junio, se

<sup>775</sup> *Declaración con ocasión del quincuagésimo aniversario de la firma de los Tratados de Roma*, Consejo Europeo, Berlín, 25 de marzo de 2007. La Declaración recoge “el empeño de dotar a la Unión Europea de fundamentos comunes renovados de aquí a las elecciones al Parlamento Europeo de 2009”, pero no hay ninguna referencia relativa a la ratificación del Tratado Constitucional, *vid.* MARISCAL BERAESTEGUI, Nicolás: “De la ratificación fallida...”, p. 68.

<sup>776</sup> DUFF, Andrew: “El dilema constitucional...”, pp. 121-122.

deberá lanzar lo más pronto posible una CIG con un mandato limitado y preciso<sup>777</sup>; y segundo, dicha Conferencia Intergubernamental tendría como punto de partida “la esencia de las modificaciones del Tratado de Niza acordadas en el Tratado Constitucional (lo que implicaba) restringir los cambios a aquellos puntos estrictamente necesarios para lograr un acuerdo y asegurar la ratificación del texto por parte de todos los Estados miembros”<sup>778</sup>.

Las respuestas al cuestionario fueron discutidas en la primera reunión multilateral de los *sherpas* del 15 de mayo, visibilizando aún más el alejamiento de las posiciones de los países agitadores respecto a la postura de la mayoría<sup>779</sup>. De esta manera, con el apoyo a los trabajos de la presidencia alemana de una gran mayoría de miembros de la Unión que vencieron las reticencias de los antedichos estados agitadores, unido al elevado grado de consenso dentro de la propia Alemania derivado del gobierno de gran coalición del que participaban cristianodemócratas y socialdemócratas, al tiempo que finalizaba la incertidumbre política en Francia con la elección en mayo de Nicolas Sarkozy como Presidente de la República, se consigue un acuerdo de rescate en el Consejo Europeo de 21 y 22 de junio de 2007<sup>780</sup>.

#### D. La peculiar CIG de 2007. Una Conferencia Intergubernamental sin negociación

La singular Conferencia Intergubernamental del año 2007, de la que habría de emanar el futuro Tratado de Lisboa, se convocó, en el tiempo, la forma, y el contenido, partiendo del mandato dispuesto en el Consejo Europeo de 21 y 22 de junio de 2007. De esta forma, la CIG fue formalmente convocada el 23 de julio de 2007<sup>781</sup> y menos de tres

---

<sup>777</sup> *Ibidem*, p. 121.

<sup>778</sup> *Ibidem*.

<sup>779</sup> *Vid. ibidem*, p. 122.

<sup>780</sup> El 14 de junio, la Presidencia alemana presentó a las delegaciones, en base a las consultas bilaterales previas, un proyecto de mandato para la convocatoria de una nueva Conferencia Intergubernamental, en el que aún quedaban algunos aspectos por cerrar como los símbolos de la Unión, la primacía del Derecho Comunitario, la terminología de los actos jurídicos y el tratamiento de la Carta de los Derechos Fundamentales. Después de una fase de negociación multilateral, se aprobaría el proyecto definitivo de mandato el 19 de junio, *vid.* GUINEA LLORENTE, Mercedes: “La Conferencia Intergubernamental de 2007 y la política constitucional de la Unión Europea: una conferencia técnica parte del proceso constitucional”, en Martín y Pérez de Nanclares (coordinador), *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional*, Madrid, Iustel, 2008, p. 111.

<sup>781</sup> “El Consejo Europeo acuerda convocar una Conferencia Intergubernamental (CIG), e invita a la Presidencia a que adopte sin demora las medidas necesarias, de conformidad con lo establecido en el artículo 48 del TUE, con el objetivo de que la CIG se inaugure antes del final de julio, en cuanto se hayan

meses más tarde, el 19 de octubre, se cerraba con el acuerdo del Consejo Europeo en torno al nuevo Tratado.

Como acabamos de mencionar, la CIG de 2007 puede calificarse de singular, al menos si la comparamos con las conferencias intergubernamentales inmediatamente anteriores, calificadas por Guinea Llorente como constitucionales<sup>782</sup>. Y ello porque el Consejo Europeo de junio, en su conclusión nº 11, había dispuesto que:

“La CIG llevará a cabo sus trabajos de conformidad con el mandato establecido en el Anexo I de las presentes conclusiones. El Consejo Europeo invita a la Presidencia entrante a redactar un proyecto de texto de Tratado en consonancia con el mandato, y a presentárselo a la CIG en cuanto ésta se inaugure. La CIG completará sus trabajos con la mayor celeridad posible y, en cualquier caso, antes del final de 2007, de manera que exista margen temporal suficiente para ratificar el Tratado resultante antes de las elecciones al Parlamento Europeo de junio de 2009”.

Es decir, el Consejo Europeo otorgaba a la CIG un mandato cerrado, donde no cabía prácticamente la negociación política, la cual ya se había hecho anteriormente a través de un mandato de elaboración de un Tratado de reforma muy concreto que recogía la redacción concreta de los artículos e incluso dos anexos aclaratorios de la redacción exacta y de la ubicación de determinadas disposiciones<sup>783</sup>, dejando escaso margen para la negociación posterior<sup>784</sup>. La CIG se configuró, por tanto, como un órgano técnico de redacción jurídica de los acuerdos alcanzados<sup>785</sup> pareciéndose más a

---

cumplido los requisitos jurídicos pertinentes”, *Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo, 21 y 22 de junio de 2007*, nº 10.

<sup>782</sup> Vid. GUINEA LLORENTE, Mercedes: “La Conferencia Intergubernamental...”, p. 113. Además, incide en que “esta CIG guarda mayor relevancia con las CIGs denominadas técnicas o jurídicas que protagonizaron las revisiones de las décadas de los sesenta y los setenta”.

<sup>783</sup> *Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo, 21 y 22 de junio de 2007*, Anexo I (Anexos 1 y 2 del mismo).

<sup>784</sup> La Presidencia alemana no se limitó a elaborar un informe relativo a la evolución futura, sino que logró elaborar un mandato de Tratado; de esta forma, los temas sustantivos tratados en la CIG se reducirían a la aplicación de la cláusula de Ioannina, el número de abogados generales o la composición del Parlamento Europeo, *vid.* GUINEA LLORENTE, Mercedes: “La Conferencia Intergubernamental...”, pp. 111-112.

<sup>785</sup> Prueba de que los aspectos sustantivos ya estaban acordados antes del comienzo de la CIG son la *Comunicación de la Comisión al Consejo «La reforma de Europa para el siglo XXI»*, de 10 de julio de 2007, y la *Resolución del Parlamento Europeo sobre la convocatoria de la Conferencia Intergubernamental*, de 11 de julio de 2007; en ambos casos anteriores al comienzo de la CIG. Del mismo modo, si bien es verdad que el Parlamento Europeo tuvo tres representantes en la CIG y hubo también representación del Consejo y de la Comisión Europea, apenas se produjeron tres reuniones de carácter político a nivel de Ministros de Asuntos Exteriores, mientras que el Consejo Europeo sólo se reunió para la adopción del Tratado.

los trabajos de redacción y precisión técnico-jurídicos que se llevan a cabo entre el acuerdo político del Consejo Europeo y la firma del Tratado<sup>786</sup>.

Finalmente, debemos reseñar que la CIG de 2007 “es la más intergubernamental de todas las que han protagonizado la política constitucional europea reciente”<sup>787</sup>, con cláusulas para reafirmar la soberanía de los estados, para limitar la acción de las instituciones, o para habilitar la posibilidad de renacionalizar competencias europeas. Además, esta intergubernamentalidad se pudo ver en el carácter reservado y alejado de la sociedad civil con el que se llevaron las negociaciones para adoptar el Tratado de reforma (tanto en la fase decisiva de negociación anterior al Consejo Europeo de junio como en la propia CIG en sentido estricto) siguiendo el método diplomático más estricto.

No obstante, a pesar de esta intergubernamentalidad de la CIG de 2007 con un protagonismo fundamental de los estados, el resultado de la misma, es decir, el Tratado de Lisboa, es heredero también de los trabajos realizados en el seno de la Convención Europea y de su innovador método más participativo y abierto a la sociedad civil. En suma, como dice la profesora Guinea Llorente “Lisboa es lo que queda del ejercicio de redacción de la Convención tras el empleo de las sucesivas tijeras por parte de los Estados miembros, en las dos CIGs. Tijeras que en esta última ocasión le han hecho perder su faz de Constitución aunque las soluciones, los procedimientos perduren”<sup>788</sup>.

### III. EL MODELO SURGIDO DEL TRATADO DE LISBOA

Finalmente, y después de todas las vicisitudes referenciadas con anterioridad, el 13 de diciembre de 2007 se firma en el Monasterio de los Jerónimos de Lisboa el Tratado que lleva el nombre de la capital portuguesa<sup>789</sup>. Tratado que recoge la mayor parte de los contenidos del Tratado Constitucional que no llegó a entrar en vigor, pero despojado a su vez de su propia constitucionalidad, al menos formalmente, y concebido como un

<sup>786</sup> Vid. GUINEA LLORENTE, Mercedes: “La Conferencia Intergubernamental...”, p. 112.

<sup>787</sup> *Ibidem*, p. 114.

<sup>788</sup> *Ibidem*, p. 116.

<sup>789</sup> El día anterior, 12 de diciembre de 2007, se adoptaba formalmente en Estrasburgo la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, sobre la base del texto aprobado el 7 de diciembre de 2000, pero con las adaptaciones (a las que nos referiremos más adelante) derivadas de todo el proceso negociador que precedió a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa.

Tratado de reforma, no de sustitución, de los vigentes Tratado de la Unión Europea y Tratado de la Comunidad Europea, que pasa a denominarse Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, como consecuencia de la extinción de la Comunidad Europea y de su sustitución por la Unión Europea, a la que se le otorga personalidad jurídica<sup>790</sup>.

El Tratado de Lisboa se estructura en siete artículos de contenido y extensión desigual. Los dos primeros preceptos son de una notable extensión: el artículo 1 recoge las modificaciones al Tratado de la Unión Europea, mientras que el artículo 2 hace lo propio con el Tratado de la Comunidad Europea, que, como acabamos de reflejar, pasa a denominarse Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Conviene hacer notar que, de conformidad con el art. 1 del Tratado de la Unión Europea modificado por el Tratado de Lisboa, “La Unión se fundamenta en el presente Tratado y en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en lo sucesivo denominados «los Tratados»)). Ambos Tratados tienen el mismo valor jurídico”, por lo que no existe una jerarquía normativa entre ambos, con independencia de que el TUE tiene como objetivo regular las bases políticas generales y el TFUE el desarrollo de esos principios básicos y la regulación de las políticas e instrumentos de actuación de la Unión<sup>791</sup>.

Los siguientes preceptos, comprendidos en las Disposiciones finales, recogen los aspectos relativos a la forma, conclusión, vigencia y efectos del Tratado. De este modo, el art. 3 dispone que se celebra por un período de tiempo ilimitado. El art. 4 hace referencia a las modificaciones de los Protocolos anexos que, juntamente con las modificaciones al Tratado de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, se recogerán en sendos Protocolos a los que a continuación nos referiremos. El art. 5 se refiere a la renumeración de los artículos después de los cambios introducidos por Lisboa. El art. 6 hace mención a las condiciones de ratificación y entrada en vigor del Tratado de Lisboa, manteniendo el criterio de la ratificación por todos los estados parte (es decir, el art. 48 TUE) y estableciendo la fecha del 1 de enero de 2009 para entrar en

<sup>790</sup> El Consejo Europeo de junio decía expresamente que “se ha abandonado el concepto constitucional, que consistía en derogar todos los tratados vigentes y sustituirlos por un texto único denominado “Constitución”. El Tratado de reforma introducirá en los Tratados existentes, que seguirán en vigor, las innovaciones resultantes de la CIG de 2004, con arreglo a las precisiones que figuran a continuación”, *Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo, 21 y 22 de junio de 2007*, Anexo I, Observaciones Generales.

<sup>791</sup> La excepción sería la Política Exterior y de Seguridad Común, que se mantendría en el TUE, aunque hace referencia al funcionamiento de una de las políticas de la Unión, *vid.* ALDECOA LUZÁRRAGA, Francisco - GUINEA LLORENTE, Mercedes: *La Europa que viene...*, p. 68.



vigor, siempre que todos los instrumentos de ratificación hayan sido previamente depositados; fecha que, como veremos en su momento, tampoco se cumplió, retrasándose hasta el 1 de diciembre del año 2009. El art. 7, finalmente, hace referencia a la versión auténtica del Tratado en todas las lenguas oficiales de la Unión Europea.

Además, se anexan una serie de Protocolos que podemos clasificar conforme a los criterios emanados del Consejo Europeo de junio de 2007<sup>792</sup>: once Protocolos “nuevos”<sup>793</sup>, y otros dos Protocolos referidos a las modificaciones establecidas en los Protocolos existentes y anexos a los actuales Tratados<sup>794</sup>, y a la modificación del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, respectivamente.

Finalmente estarían las Declaraciones contenidas en el Acta Final, divididas a su vez en tres grupos: cuarenta y tres Declaraciones relativas a las disposiciones de los Tratados, siete Declaraciones relativas a disposiciones contenidas en los Protocolos, y quince Declaraciones unilaterales o multilaterales, donde los estados dejan constancia de su posición en relación con una disposición específica de los Tratados o de los Protocolos.

---

<sup>792</sup> Conforme a lo dispuesto en el art. 51 del Tratado de la Unión Europea modificado por Lisboa “los Protocolos y Anexos de los Tratados forman parte integrante de los mismos”, por lo que tienen el mismo valor jurídico que los Tratados; situación distinta sería la de las Declaraciones, formuladas con un valor político como orientación para interpretar el alcance de los Tratados, *vid.* ALDECOA LUZÁRRAGA, Francisco - GUINEA LLORENTE, Mercedes: *La Europa que viene...*, p. 64. El Consejo Europeo de junio de 2007 había dispuesto que los nuevos protocolos acordados en la CIG de 2004 se anexarían a los Tratados existentes (sería el caso del Protocolo sobre la función de los Parlamentos Nacionales en la Unión Europea, el *Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad*, el *Protocolo sobre el Eurogrupo*, el *Protocolo sobre la cooperación estructurada permanente en el ámbito de la defensa* y el *Protocolo sobre la adhesión de la Unión al Convenio Europeo de Derechos Humanos*). Del mismo modo, los protocolos existentes, según lo acordado en la CIG de 2004, se modificarán mediante un protocolo anexo al Tratado de reforma (incluyendo la supresión de diez de esos protocolos). Finalmente, las modificaciones técnicas necesarias del Tratado de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, según lo acordado en la CIG de 2004, se harían mediante un Protocolo anexo al Tratado de reforma, *Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo, 21 y 22 de junio de 2007*, Anexo I, n° 21-23.

<sup>793</sup> Con el término “nuevos” hablamos tanto de los Protocolos adoptados por la Convención y la CIG de 2004 a efectos de anexarse al Tratado Constitucional, como aquellos redactados por la CIG de 2007, recogiendo alguno de los aspectos derivados de la nueva negociación, *vid.* ALDECOA LUZÁRRAGA, Francisco - GUINEA LLORENTE, Mercedes: *La Europa que viene...*, p. 66. Entre los Protocolos resultantes del proceso negociador de 2007 pueden citarse el *Protocolo sobre el mercado interior y la competencia*, el *Protocolo sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea a Polonia y al Reino Unido*, el *Protocolo sobre el ejercicio de las competencias compartidas*, o el *Protocolo sobre los servicios de interés general*.

<sup>794</sup> Además se incluye un Anexo con la tabla de correspondencias resultante de la nueva numeración del TUE y del TFUE derivada del Tratado de Lisboa, a efectos de configurar la versión consolidada de los mismos.

Por tanto, a diferencia del Tratado Constitucional, documento que integraba y al tiempo sustituía a los Tratados existentes en un único texto, Lisboa mantiene la existencia de los Tratados hasta entonces vigentes, que son objeto de profundas modificaciones, cuantitativa y cualitativamente, derivadas del proceso negociador ya explicado y que hunden sus raíces en la misma Convención Europea.

Procede ahora analizar dichos cambios en el Tratado de la Unión Europea y en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, para lo que utilizaremos las versiones consolidadas de los mismos derivadas del Tratado de Lisboa<sup>795</sup>. Debemos señalar también que el estudio se centrará fundamentalmente en las modificaciones y variaciones de Lisboa respecto al Tratado Constitucional, puesto que los cambios introducidos por éste en relación con los antiguos Tratados constitutivos ya se han detallado en el Capítulo Segundo y ahora únicamente los mencionamos a efectos de mantener el hilo conductor.

#### A. El Tratado de la Unión Europea a la luz de las reformas de Lisboa

El Tratado de Lisboa modifica profundamente el TUE, tanto en su estructura como en su contenido. De conformidad con las Conclusiones del Consejo Europeo de junio de 2007, el Tratado de la Unión Europea constaría de seis Títulos: Disposiciones comunes (I), Disposiciones relativas a los principios democráticos (II), Disposiciones relativas a las instituciones (III), Disposiciones sobre la cooperación reforzada (IV), Disposiciones generales relativas a la acción exterior de la Unión y disposiciones específicas relativas a la Política Exterior y de Seguridad Común (V) y Disposiciones finales (VI)<sup>796</sup>.

Los Títulos I, IV (Título VII del Tratado anterior a Lisboa), V y VI (Título VIII del Tratado anterior a Lisboa) siguen la estructura del Tratado de la Unión Europea vigente antes de la reforma, con las modificaciones acordadas en la CIG de 2004<sup>797</sup>. Los

<sup>795</sup> En esta tesis doctoral utilizamos la versión consolidada publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea, de 30 de marzo de 2010 (DO C 83 de 30.3.2010). Como recoge esta publicación, incluye las correcciones de errores que han sido adoptadas desde la precedente publicación de las versiones consolidadas (DO C 115 de 9.5.2008).

<sup>796</sup> La redacción final de los Títulos incluye leves modificaciones circunscritas al cambio de los términos “relativas” por “sobre”.

<sup>797</sup> El contenido del Título VI del TUEa emanado de Niza, sobre Cooperación Policial y Judicial en Materia Penal, se integrará en el Título sobre el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

otros dos Títulos (II y III) son nuevos, e incorporan innovaciones acordadas en la CIG de 2004.

Finalmente, cabe destacar en esta aproximación preliminar al TUE, la desaparición de los antiguos arts. 8, 9 y 10 que, desde la entrada en vigor del Tratado de Maastricht, recogían los Tratados de la Comunidad Económica Europea (posterior Comunidad Europea), de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (ya extinto previamente al Tratado de Lisboa) y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, como consecuencia del fin de la estructura de pilares. Se consolida, de esta manera una “estructura de árbol, donde la organización política –Unión- es una, pero que divide en distintas ramas las diversas formas de actuación y decisión, comunitaria o intergubernamental”<sup>798</sup>.

## 1. Preámbulo

El Preámbulo del nuevo TUE mantiene la línea de su antecesor, no diferenciándose excesivamente de lo dispuesto en el Tratado de la Unión Europea vigente hasta Lisboa. De esta manera, borra la impronta de la Convención Europea, a quien el Preámbulo del Tratado Constitucional agradecía haber elaborado el proyecto de Constitución, y elimina los párrafos más políticos que existían en el texto del Tratado Constitucional relativos a las bases y principios del proceso de construcción europea<sup>799</sup>. Esta configuración, que como todo Preámbulo, tiene carácter simbólico y no jurídico, sería “consecuencia del velo de Lisboa, que elimina todo aquello que presentaba una lógica constitucional”<sup>800</sup>.

Paradójicamente, el segundo considerando del Preámbulo del nuevo TUE recoge el párrafo “INSPIRÁNDOSE en la herencia cultural, religiosa y humanista de Europa, a partir de la cual se han desarrollado los valores universales de los derechos inviolables e

---

<sup>798</sup> ALDECOA LUZÁRRAGA, Francisco - GUINEA LLORENTE, Mercedes: *La Europa que viene...*, pp. 64-66. Esta estructura de árbol se sustentaría en la unidad de la organización jurídica y política responsable y una cierta unidad institucional, de modo que “lo que diferencia en este momento a la rama intergubernamental de la comunitaria son los distintos procedimientos de decisión y el papel limitado de las instituciones comunes, Parlamento Europeo, Tribunal de Justicia y Comisión en cuanto Colegio”, *ibidem*, p. 65.

<sup>799</sup> Menciones como, por ejemplo, “avanzar por la senda de la civilización, el progreso y la prosperidad por el bien de todos sus habitantes, sin olvidar a los más débiles y desfavorecidos”, “forjar un destino común” o la divisa “Unida en la diversidad”.

<sup>800</sup> ALDECOA LUZÁRRAGA, Francisco - GUINEA LLORENTE, Mercedes: *La Europa que viene...*, p. 69.

inalienables de la persona, así como la libertad, la democracia, la igualdad y el Estado de Derecho”, recuperado casi literalmente del Tratado Constitucional<sup>801</sup> y objeto en su momento de una fuerte polémica a la que ya nos hemos referido en el Capítulo Segundo.

## 2. Título I: Disposiciones comunes

Este Título (arts. 1-8) establece las características políticas fundamentales de la Unión, para lo cual combina disposiciones del antiguo TUE con artículos de nuevo cuño (arts. 2, 4, 8).

El art. 1 recoge la creación de la Unión Europea haciendo mención, de la misma manera que el Tratado Constitucional, a los estados como los atributivos de competencias para alcanzar los objetivos comunes, pero omite la referencia expresa que el TC hacía al origen dual de la Constitución Europea, fruto de la voluntad de los ciudadanos y de los estados<sup>802</sup>. Conviene destacar, como ya hemos mencionado anteriormente, que el párrafo tercero de este precepto dispone que “la Unión se fundamenta en el presente Tratado y en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea [...]. Ambos Tratados tienen el mismo valor jurídico. La Unión sustituirá y sucederá a la Comunidad Europea”. Es decir, la Comunidad Europea se extingue y es sustituida por la Unión Europea, que va a ser una unidad política y estará dotada de personalidad jurídica; y la Unión, a su vez, se fundamentará en dos Tratados sin que entre ellos exista una relación de jerarquía desde el punto de vista jurídico.

El art. 2 inserta en el nuevo TUE un precepto relativo a los valores de la Unión, que se traslada literalmente del art. I-2 del Tratado Constitucional.

El art. 3 recoge los objetivos y finalidades de la Unión, para lo cual se sustenta en su artículo homólogo (I-3) del Tratado Constitucional, incluyendo una referencia al

---

<sup>801</sup> Los cambios más significativos se circunscriben a la eliminación de la referencia “humana” después de persona, añadir “así como” y poner en primer lugar la referencia a la “libertad”.

<sup>802</sup> Conforme al art. 1 del nuevo TUE, sólo los estados serían el fundamento formal de la Unión Europea, lo que acentuaría su carácter internacional, *vid.* ALDECOA LUZÁRRAGA, Francisco - GUINEA LLORENTE, Mercedes: *La Europa que viene...*, p. 119.

euro<sup>803</sup> que conlleva un apartado más en el articulado. Asimismo, el art. 3.2 añade, en relación con el Tratado Constitucional, el inciso acerca de un Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia “en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas en materia de control de las fronteras exteriores, asilo, inmigración y de prevención y lucha contra la delincuencia”; por su parte, el art. 3.3 incluye una novedosa referencia explícita a que “la Unión establecerá un mercado interior”.

El art. 4 se refiere a las relaciones entre la Unión y los estados miembros, por lo que traslada de forma prácticamente idéntica el art. I-5 TC con dos adiciones dirigidas, en la línea ya explicada en su momento, a reforzar políticamente a los estados frente a la Unión, aunque ello no suponga alteración alguna a efectos prácticos. Así, se redacta un nuevo primer apartado que recoge expresamente la cláusula por la que la competencia residual queda en manos del nivel estatal<sup>804</sup>, lo que se reitera en el art. 5 del mismo TUE. Con idéntica orientación, el apartado segundo añade un inciso final que dispone “en particular, la seguridad nacional seguirá siendo responsabilidad exclusiva de cada Estado miembro”; declaración a nuestro juicio no necesaria por ya extraerse esa conclusión de lo dispuesto previamente en el mismo precepto. El apartado tercero hace mención, por su parte, al principio de cooperación leal que, como ya había previsto el Tratado Constitucional, recoge el carácter recíproco de la obligación de cooperación entre las instituciones de la Unión y los estados miembros.

El art. 5 TUE versa sobre los principios fundamentales relativos a las competencias, especificándose que la Unión actuará exclusivamente dentro de los límites de las competencias que le atribuyen los estados miembros en los Tratados y que toda competencia no atribuida a la Unión en los Tratados corresponde a los estados. Sobre el principio de atribución y la distribución competencial nos detendremos de manera específica en el Capítulo Cuarto.

El art. 6, sobre la base del antiguo TUE, hace una formulación cruzada de enorme importancia y que permitiría configurar un sistema de protección de los derechos

---

<sup>803</sup> El art. 3.4 TUE, procedente de la desaparecida referencia a la moneda única prevista en el art. I-8 TC, dispone que “la Unión establecerá una unión económica y monetaria cuya moneda es el euro”.

<sup>804</sup> El art. 4.1 TUE establece que “de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5, toda competencia no atribuida a la Unión en los Tratados corresponde a los Estados miembros”.

fundamentales muy garantista<sup>805</sup>. Por un lado, aunque no se recoge el texto de la CDF en el TUE (a diferencia del Tratado Constitucional donde la Carta era la Parte II) se hace una referencia expresa a la Carta de los Derechos Fundamentales, otorgándole carácter jurídico vinculante, “la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados”<sup>806</sup> y estableciendo su ámbito de aplicación. Por el otro, el art. 6.2 TUE dispone que “la Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales” y que “esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados”.

La importancia de este precepto, que al dotar a la Carta de un valor jurídico similar al de los Tratados<sup>807</sup>, la configura como uno de los elementos esenciales para apreciar su carácter material de Constitución<sup>808</sup>, como un “tercer Tratado”<sup>809</sup>, nos lleva a analizar esta disposición y sus implicaciones con mayor detenimiento.

Por lo tanto, la existencia de la Carta de los Derechos Fundamentales dotada de obligatoriedad jurídica da mayor visibilidad al compromiso de la Unión con los derechos fundamentales, mayor seguridad jurídica e, incluso, más protección, al recoger nuevos derechos<sup>810</sup> a los que aparecen en el CEDH y los propios ordenamientos nacionales, reforzándose de forma sustantiva el actual sistema de protección

<sup>805</sup> Bajo una serie de requisitos, se establecería una doble vía de protección de los derechos fundamentales, a través de la aplicación de la CDF y del CEDH, *vid.* JIMENA QUESADA, Luis: *Sistema Europeo de Derechos Fundamentales*, Madrid, Colex, 2006.

<sup>806</sup> Art. 6.1 TUE. Se especifica que, si bien la Carta fue adoptada el 7 de diciembre de 2000, los derechos, libertades y principios enunciados por ella se reconocen “tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo”.

<sup>807</sup> El Tribunal de Justicia ha confirmado esta naturaleza de la Carta, *vid.* sentencia de 19 de enero de 2010, *Küçükdevec/Swedex GMBH & co. KG*, asunto C-555/07, o más recientemente la sentencia de 1 de marzo de 2011, *Association Belge des Consommateurs Test-Achats ASBL/Conseil des Ministres*, asunto C-236/09. De esta forma, “podemos entender que es como si el Tratado de Lisboa -un Tratado de Tratados-, además de contener el nuevo TUE y el TFUE contuviera también, indirectamente, la Carta, formando como un bloque o paquete con tres grandes documentos constitucionales europeos”, PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos: “Comentario...”, p. 141.

<sup>808</sup> *Vid.* ALDECOA LUZÁRRAGA, Francisco - GUINEA LLORENTE, Mercedes: *La Europa que viene...*, p. 153.

<sup>809</sup> Así se refiere Gil-Robles a lo que el art. 6.1 TUE dispone en relación con la Carta, ya que “la convierte en el tercer tratado, tan derecho originario como los otros dos”, argumentando que es necesario dar a la Carta el valor que tiene por dos razones fundamentales: porque el reconocimiento de ese valor jurídico similar al de los Tratados es fruto del empeño del Parlamento Europeo, y porque es la parte del entramado subsistente respecto al Tratado Constitucional que más “suena” a Constitución, añadiendo que “se ha quitado la forma a la parte orgánica, pero se ha dejado la dogmática tal cual”, GIL-ROBLES GIL-DELGADO, José María: *Prólogo...*, p. 16. En este sentido, el gobierno de España sometió a ratificación de las Cortes tanto el Tratado como la CDF.

<sup>810</sup> Como ya expusimos en su momento, Pereira Menaut apuntaba que tampoco creaba tantos derechos realmente novedosos desde un punto de vista sustantivo, *vid.* PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos: “Comentario...”, p. 154.

jurisprudencial *ad casum* e incrementándose la democracia en la medida en que el ejercicio del poder político a nivel europeo pasa a estar sometido a unos criterios visibles y rigurosos de control<sup>811</sup>.

No obstante, su no inclusión en los Tratados es un resultado del velo que el Tratado de Lisboa utilizó para lograr salir del *impasse* derivado de la falta de entrada en vigor del Tratado Constitucional, rebajando así el carácter constitucional del nuevo Tratado y, en lo que respecta a la Carta, dificultando su visibilidad ante los ciudadanos<sup>812</sup>.

Por su parte, el art. 6.2, en sus párrafos 2 y 3, establece que “las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados”<sup>813</sup> y que “los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones”.

En este sentido, Reino Unido y Polonia lograron un Protocolo que puede interpretarse como un *opt-out*, una excepción al carácter jurídicamente vinculante y obligatorio de la CDF, en el que se afirma que la Carta no amplía la competencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y nada de lo dispuesto en el Título IV de la misma crea derechos que puedan ser defendidos ante los órganos jurisdiccionales del Reino Unido o Polonia<sup>814</sup>. El objetivo de ambos estados era evitar que la Carta dotara de

---

<sup>811</sup> Vid. ALDECOA LUZÁRRAGA, Francisco - GUINEA LLORENTE, Mercedes: *La Europa que viene...*, p. 154.

<sup>812</sup> Vid. *ibidem*.

<sup>813</sup> Extremo confirmado por la reciente jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, posterior a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, vid. auto de 12 de noviembre de 2010, *Asparuhov et alii/Ministerski savet na Republika Bulgaria*, asunto C-339/10, en el que reconoce el valor jurídico obligatorio de la CDF pero incide en que los estados estarán vinculados por ella sólo cuando apliquen el Derecho de la Unión, no creando competencias nuevas ni modificando las existentes. En un sentido similar, vid. sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de octubre de 2010, *McB./E.*, asunto C-400/10 PPU.

<sup>814</sup> *Protocolo sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea al Reino Unido y Polonia*, Protocolo nº 4 anexo al Tratado de Lisboa, art. 1. La Cámara de los Lores británica sostiene que este Protocolo no contiene un *opt-out* o excepción en sentido estricto, sino que interpreta y refuerza el art. 6.1 TUE y las disposiciones horizontales contenidas en la CDF, vid. HOUSE OF LORDS, CONSTITUTION COMMITTEE, 19 de marzo de 2008. En todo caso, la respuesta a esta cuestión sólo puede darla el Tribunal de Justicia y, en caso de que la posición interpretativa de los Lores fuera la correcta, sería uno de los ejemplos más rotundos del velo, ya que al margen del simbolismo político, no

poderes nuevos al Tribunal de Justicia o a los tribunales nacionales para derogar o reinterpretar su Derecho interno, principalmente en el campo de la legislación laboral en el caso británico, y en el de la moral en el polaco<sup>815</sup>.

Por tanto, la Carta de los Derechos Fundamentales parece integrarse en el sistema de la Unión como un instrumento con “valor jurídico variable”<sup>816</sup>, ya que pese a su obligatoriedad jurídica, el citado Protocolo limita las consecuencias de la Carta para los Derechos británico y polaco, aún cuando estén desarrollando el Derecho de la Unión<sup>817</sup>.

En lo que respecta a la adhesión de la Unión al CEDH<sup>818</sup> prevista en el art. 6.2 TUE<sup>819</sup> como un “mandato terminante”<sup>820</sup>, otorgando la base jurídica que el Tribunal de

---

modificaría el régimen para el Estado concernido, *vid.* ALDECOA LUZÁRRAGA, Francisco - GUINEA LLORENTE, Mercedes: *La Europa que viene...*, p. 160.

<sup>815</sup> *Vid.* Declaración de la República de Polonia relativa a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Declaración nº 61 anexa al Tratado de Lisboa, que dispone que “La Carta no afecta en modo alguno al derecho de los Estados miembros a legislar en el ámbito de la moral pública, del Derecho de familia, así como de la protección de la dignidad humana y del respeto de la integridad humana física y moral”. Polonia compartía la orientación general del Protocolo impulsado por el Reino Unido, pero no los recelos británicos al ámbito social y laboral consagrado en el Título IV CDF, *vid.* Declaración de la República de Polonia relativa al Protocolo sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea a Polonia y al Reino Unido, Declaración nº 62 anexa al Tratado de Lisboa.

<sup>816</sup> GROS-VERHEYDE, Nicolas: “Une Charte à valeur juridique variable”, *Europolitique*, nº 3407, (2007), p. 13.

<sup>817</sup> *Vid.* FERNÁNDEZ TOMÁS, Antonio: “La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa. Limitaciones a su alcance y eficacia generadas por el Protocolo para la aplicación de la Carta al Reino Unido y Polonia”, en Martín y Pérez de Nanclares (coordinador), *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional*, Madrid, Iustel, 2008, pp. 119-149.

<sup>818</sup> *Vid.* STOFFEL VALLOTTON, Nicole: “La adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales: evolución de la cuestión, previsiones y posibles consecuencias”, en Martín y Pérez de Nanclares (coordinador), *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional*, Madrid, Iustel, 2008, pp. 179-198.

<sup>819</sup> *Vid.* Protocolo sobre el apartado 2 del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea relativo a la Adhesión de la Unión al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Públicas, Protocolo nº 8 anexo al Tratado de Lisboa. Este Protocolo dispone que la adhesión debe preservar las características específicas de la Unión y del Derecho de la Unión (art. 1) y garantizará que la adhesión no afecte a las competencias de la Unión ni a las atribuciones de sus instituciones, ni a las situaciones particulares de los estados miembros en el marco del Convenio (art. 2); finalmente, el Protocolo establece que el acuerdo de adhesión no puede limitar la competencia del Tribunal de Justicia a efectos de examinar las controversias relativas a la interpretación o aplicación de los Tratados (art. 3). En definitiva, “la adhesión de la Unión deja intacta la situación de los Estados en cuanto a la aceptación o no de los Protocolos adicionales a la Convención; facultad de suspender la aplicación de la Convención en caso de guerra o de otro peligro público que afecte a la vida de la nación; y las reservas formuladas”, PASTOR RIDRUEJO, José Antonio: “La adhesión de la Unión Europea a la Convención Europea sobre derechos humanos y libertades fundamentales”, en Martín y Pérez de Nanclares (coordinador), *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional*, Madrid, Iustel, 2008, p. 153.

<sup>820</sup> PASTOR RIDRUEJO, José Antonio: “La adhesión de la Unión Europea...”, p. 151.



Luxemburgo había negado años atrás con su *dictamen 2/1994*<sup>821</sup>, el año 2010 conllevó el inicio de las negociaciones con el Consejo de Europa encaminadas a convertir a la UE en parte contratante del Convenio, con la singularidad de no ser miembro del propio Consejo de Europa.

Así, el 17 de marzo la Comisión propuso directrices de negociación para la adhesión, y el 4 de junio, los Ministros de Justicia de la Unión otorgaron el mandato a aquélla para que dirigiera las negociaciones de adhesión en su nombre. Por su parte, el 26 de mayo del mismo 2010, el Comité de Ministros del Consejo de Europa había otorgado un mandato *ad hoc* a su Comité Director de Derechos Humanos para elaborar con la Unión el instrumento jurídico necesario para su adhesión al CEDH.

Conforme al procedimiento previsto en el art. 218 TFUE, el acuerdo de adhesión se celebrará entre las cuarenta y siete partes contratantes del CEDH y la UE, actuando por decisión unánime del Consejo de la Unión Europea. El Parlamento Europeo, que deberá estar plenamente informado de todas las fases de las negociaciones, deberá dar su consentimiento, que posteriormente habrá de ser ratificado por las cuarenta y siete partes contratantes de conformidad con sus respectivos requisitos constitucionales, incluso por aquellas que también son estados miembros de la Unión Europea<sup>822</sup>. No obstante, las negociaciones, que preveían finalizar en junio de 2011, todavía no han cristalizado en la adhesión de la Unión al Convenio de Roma<sup>823</sup>.

Cierto que, una vez que el acuerdo de adhesión se haya ratificado pueden plantearse dificultades entre el Tribunal de Justicia de Luxemburgo y el Tribunal de

---

<sup>821</sup> El art. 6.2 TUE sigue lo dispuesto en el art. I-9.2 TC. Como ya hemos comentado, la Comunidad Europea planteó la posibilidad de adhesión al CEDH en 1994, siendo rechazada a través del *dictamen 2/1994* del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 28 de marzo de 1996. El Tribunal advertía que esa adhesión supondría un cambio sustancial en el régimen comunitario que, por su envergadura constitucional, necesitaría la modificación de los Tratados.

<sup>822</sup> El procedimiento diseñado por el Tratado de Lisboa en el art. 218 TFUE (en especial, apartados sexto y octavo) prevé la unanimidad del Consejo y la previa aprobación del Parlamento Europeo para la celebración del acuerdo de adhesión, lo que supone un endurecimiento de las condiciones establecidas en el art. III-325 del Tratado Constitucional, que preveía mayoría cualificada por el Consejo y aprobación del Parlamento Europeo.

<sup>823</sup> Esta situación ha propiciado que el 25 de enero de 2012 miembros del Parlamento Europeo y de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa firmaran una declaración conjunta pidiendo el desbloqueo del proceso de adhesión de la UE al Convenio Europeo de Derechos Humanos, apuntando que el Reino Unido y, en menor medida, Francia, estaban ralentizando dicho proceso.

Derechos Humanos de Estrasburgo<sup>824</sup>, como ya se habían producido como consecuencia del asunto *Matthews/Reino Unido*<sup>825</sup>, entendido como una respuesta del Tribunal de Estrasburgo al *dictamen* 2/1994 del Tribunal de Luxemburgo, donde el Tribunal Europeo de Derechos Humanos por primera vez “no solamente se había estimado competente para juzgar una cuestión de Derecho Comunitario originario, sino que entró a juzgar y valorar la actuación (omisión) llevada a cabo por un Estado miembro en el marco del Derecho Comunitario”<sup>826</sup>, lo que podría interpretarse, de forma indirecta, como algo parecido a una “adhesión forzosa” de la Comunidad Europea al CEDH<sup>827</sup>.

Coincidiendo con la aprobación del posteriormente frustrado Tratado Constitucional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ya se había preparado para la adhesión de la Unión al CEDH, aceptando un principio de equivalencia (que no significaría identidad, sino protección comparable) en ambos sistemas en cuanto a la protección de los derechos fundamentales<sup>828</sup>. Con la entrada en vigor del nuevo art. 6.2 TUE reformulado por el Tratado de Lisboa, el Tribunal de Luxemburgo conservará su autonomía para enjuiciar la compatibilidad de los actos de la Unión con los derechos fundamentales como última instancia en el sistema judicial de la UE, mientras que el Tribunal de Estrasburgo efectuará un control externo sobre la base del principio de subsidiariedad.

La principal diferencia con la situación anterior a Lisboa estaría en que los particulares podrían acudir directamente al TEDH una vez agotados los recursos internos previstos en el sistema judicial de la UE<sup>829</sup>, mientras que antes sólo se podía

<sup>824</sup> Vid. *Declaración relativa al apartado 2 del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea*, Declaración nº 2 anexa al Tratado de Lisboa, que dispone “La Conferencia conviene en que la adhesión de la Unión al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales debería realizarse de manera que se preserven las especificidades del ordenamiento jurídico de la Unión. En este contexto, la Conferencia toma nota de que existe un diálogo regular entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, diálogo que podrá fortalecerse cuando la Unión se adhiera al citado Convenio”.

<sup>825</sup> Vid. sentencia de 18 de febrero de 1999, serie A, nº 24833/94. La sentencia declaraba la responsabilidad del Reino Unido por violar el art. 3 del Protocolo nº 1 al CEDH relativo al derecho de concurrir a elecciones libres, al no dejar participar a los ciudadanos de Gibraltar en las elecciones al Parlamento Europeo.

<sup>826</sup> STOFFEL VALLOTTON, Nicole: “La adhesión...”, p. 182.

<sup>827</sup> *Ibidem*, pp. 183-184.

<sup>828</sup> Vid. sentencia de 30 de junio de 2005, *Bosphorus Airways/Irlanda*, nº 45036/98.

<sup>829</sup> Conforme al art. 35 CEDH, se entendería que los recursos internos serían los planteados ante el Tribunal de Luxemburgo, por lo que sería condición necesaria que “para que el demandante pueda acudir a la jurisdicción de Estrasburgo, deberá haber agotado antes los recursos ante el Tribunal de Luxemburgo”, PASTOR RIDRUEJO, José Antonio: “La adhesión de la Unión Europea...”, p. 155.

acudir indirectamente a través de las medidas de aplicación interna adoptadas por los estados miembros en cumplimiento del Derecho Comunitario<sup>830</sup>. En todo caso, la preocupación por la relación entre ambos tribunales se extendía a las propias instituciones comunitarias, como queda de manifiesto, a título ejemplificativo, en la pregunta formulada a la Comisión por la diputada finlandesa del Parlamento Europeo, Anneli Jäätteenmäki: “¿Cómo se prevé organizar la relación entre el Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo y el Tribunal de Justicia de Luxemburgo? ¿Cómo se van a distribuir los papeles de la Unión y de los Estados miembros cuando ambos sean parte demandada en un mismo proceso ante el Tribunal de Derechos Humanos?” y en la posterior respuesta dada por el Presidente de la Comisión que, a pesar de tratar de ser clarificadora, transmitía la dificultad de la cuestión y la complejidad del equilibrio entre ambos tribunales<sup>831</sup>.

No obstante, la democratización de las estructuras de la Unión a través de la mejor protección y garantía de los Derechos, derivada de una CDF con obligatoriedad jurídica y de una UE adherida al CEDH, supone un beneficio muy superior a los potenciales obstáculos jurídicos<sup>832</sup>, siendo un paso inequívoco en el proceso constitucionalizador de la Unión Europea.

Finalmente, los dos últimos preceptos de este Título I trasladan prácticamente por entero disposiciones contenidas en el Tratado Constitucional. Así, el art. 7 relativo a la suspensión de determinados derechos derivados de la pertenencia a la Unión,

<sup>830</sup> Vid. STOFFEL VALLOTTON, Nicole: “La adhesión...”, pp. 194-195.

<sup>831</sup> Pregunta formulada a la Comisión el 23 de marzo de 2011 siendo respondida por el Presidente de la Comisión el 2 de mayo. Esta respuesta establecía, con carácter general, que la relación entre el Tribunal de Estrasburgo y el de Luxemburgo sería similar a la que hoy en día funciona entre el Tribunal Supremo de cada Estado miembro del CEDH y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos; no obstante, se dispondrá que, cuando un recurso se dirija contra uno o más estados miembros, la Unión Europea podrá convertirse en codemandada en el procedimiento en relación con una supuesta violación notificada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos si se comprueba que la presunta violación sólo podría haber sido evitada por el Estado demandado sin tener en cuenta la obligación que le impone la legislación de la Unión. Además, con el fin de garantizar la plena eficacia del principio de subsidiariedad, se prevé que en aquellos casos donde la Unión Europea sea codemandada en el procedimiento y cuando el Tribunal de Justicia no se ha pronunciado sobre si el acto de la Unión Europea se ajusta a los derechos fundamentales en cuestión, éste tendría la oportunidad de hacerlo antes de la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el fondo del asunto o durante el examen del caso ante el mismo Tribunal. En ese contexto, se prevé además que la Unión Europea se asegurará de que dicha sentencia se produce con rapidez para que el procedimiento ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no se retrase indebidamente y tenga en cuenta el procedimiento ante el Tribunal de Justicia, *vid.* referencia de la pregunta y la respuesta en el Diario Oficial de la Unión Europea, C 309/E18, de 21 de octubre de 2011.

<sup>832</sup> Vid. ALDECOA LUZÁRRAGA, Francisco - GUINEA LLORENTE, Mercedes: *La Europa que viene...*, pp. 162-163.

reproduce el art. I-59 TC<sup>833</sup>, mientras que el art. 8 TUE, referido a las relaciones de la Unión con su entorno próximo, traslada lo dispuesto en el art. I-57 TC.

### 3. Título II: Disposiciones sobre los principios democráticos

El Título II (arts. 9-12) es de nueva factura en relación con el antiguo Tratado de la Unión Europea, emanando directamente del Título VI de la Parte Primera del Tratado Constitucional que, a su vez, se cimentó en las propuestas sobre la mejora del funcionamiento democrático de la Unión elaboradas en su día por la Convención Europea.

De esta forma, se incluyen aspectos como la igualdad de los ciudadanos, la democracia representativa como regla general de funcionamiento de la Unión, los canales de participación directa de la ciudadanía y el papel de los Parlamentos Nacionales conformando un conjunto de disposiciones con una doble finalidad: de un lado, mostrar las reglas de juego del singular sistema político europeo; de otro, introducir disposiciones que potencien el funcionamiento democrático de la Unión, vinculando participación ciudadana y una UE democrática<sup>834</sup>.

Este novedoso Título cuenta con cuatro artículos, de los cuales los arts. 9, 10 y 11 trasladan disposiciones ya contenidas en el frustrado Tratado Constitucional, mientras que el art. 12, sobre el papel de los Parlamentos Nacionales e introducido como una de las exigencias holandesas para salir del *impasse* constitucional, enumera las funciones de los mismos que antes estaban dispersas entre el Tratado Constitucional y los Protocolos sobre el papel de los Parlamentos Nacionales y sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. Por el contrario, disposiciones que estaban en el texto constitucional pasan ahora al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, como las relativas a los interlocutores sociales y el diálogo social autónomo (del art. I-48 TC al art. 152 TFUE)<sup>835</sup>, al Defensor del Pueblo Europeo (del

<sup>833</sup> El único cambio respecto a lo dispuesto en el Tratado Constitucional deriva de que el TUE traslada los apartados quinto y sexto del art. I-59 al art. 354 TFUE.

<sup>834</sup> *Vid.* ALDECOA LUZÁRRAGA, Francisco - GUINEA LLORENTE, Mercedes: *La Europa que viene...*, p. 116.

<sup>835</sup> En este caso, su ubicación en el TFUE dentro del Título sobre la Política Social podría producir el efecto de restringir su aplicación a otros Títulos, lo que podría conllevar “el paso de ser una de las características de la vida democrática europea a un elemento de la política social”, *ibidem*, p. 117.

art. I-49 TC al art. 228 TFUE), la transparencia de los trabajos de las instituciones, órganos y organismos de la Unión (del art. I-50 TC al art. 15 TFUE), la protección de datos de carácter personal (del art. I-51 TC al art. 16 TFUE) o el estatuto de las iglesias y las organizaciones no confesionales (del art. I-52 TC al art. 17 TFUE), lo que podría encuadrarse dentro de la ya comentada estrategia del velo.

El art. 9 TUE, relativo al principio de igualdad de los ciudadanos, se sustenta en los arts. I-45 y I-10 TC y hace explícito un principio que en sí mismo no era una novedad respecto a los Tratados anteriores, pues podía deducirse *sensu contrario* de los preceptos que prohibían la discriminación por razón de nacionalidad, sexo, raza o religión.

Por su parte, el art. 10 TUE afirma el principio de democracia representativa, trasladando lo reflejado en el art. I-46 TC. Este precepto deja constancia expresa de la doble legitimidad en la que se sustenta el funcionamiento de la Unión: ciudadanos directamente representados a través del Parlamento Europeo; estados representados en el Consejo Europeo por su Jefe de Estado o de Gobierno y en el Consejo por sus gobiernos, responsables democráticamente ante sus Parlamentos o ante sus ciudadanos, en función de su sistema de gobierno (presidencialista o parlamentario)<sup>836</sup>. En este sentido, la antigua codecisión (que responde a esa doble dinámica en la que Consejo y Parlamento están en pie de igualdad) se convierte en el procedimiento legislativo ordinario, ampliándose su utilización en 50 materias hasta alcanzar un total de 86 supuestos<sup>837</sup>, al tiempo que se extiende el número de decisiones que se adoptarán por mayoría cualificada frente a la unanimidad<sup>838</sup>, pese a que todavía se mantiene la unanimidad para decisiones que los estados han considerado que afectaban a sus intereses nacionales<sup>839</sup>. No se escapa, como advertimos en el Capítulo Segundo, que esta estructura bifronte y en la que se consolida la tendencia a la democratización en el proceso de toma de decisiones (que ya había comenzado décadas atrás con la elección

<sup>836</sup> Sin embargo, como ya hemos mencionado, la fundamentación de la doble legitimidad de la Unión (ciudadanos/estados) ha desaparecido del art. 1 TUE.

<sup>837</sup> Vid. *Informe sobre el Tratado de Lisboa*, Comisión de Asuntos Constitucionales del Parlamento Europeo, 29 de enero de 2008, Anexo 3.

<sup>838</sup> Serían 44 nuevos casos que se adoptarían por mayoría cualificada, *vid. ibidem*, Anexo 2.

<sup>839</sup> Ámbitos cualitativamente importantes como la PESC, la adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos, la fiscalidad, o parte de la política social y medioambiental; cuantitativamente, todavía se mantendría la unanimidad en 72 bases jurídicas, *vid. ALDECOA LUZÁRRAGA, Francisco - GUINEA LLORENTE, Mercedes: La Europa que viene...*, p. 184.

directa del Parlamento Europeo y el Acta Única Europea) se asemeja al esquema de funcionamiento básico de un modelo federal o federalizante.

El art. 11 hace mención al principio de democracia participativa, de modo que se explicita este principio sobre la base del *Libro Blanco de la Gobernanza Europea*<sup>840</sup> y se afirma como un “requisito de la calidad democrática de la Unión”<sup>841</sup> que establece la obligación de las instituciones de mantener un diálogo abierto, transparente y regular con la sociedad civil, especialmente en el caso de la Comisión. No obstante, lo verdaderamente novedoso sería lo dispuesto en el apartado cuarto que, trasladando lo recogido en el art. I-47.4 TC, establece la posibilidad de que, al menos, un millón de ciudadanos que pertenezcan a un número significativo de estados miembros puedan tomar directamente la iniciativa de solicitar de la Comisión que presente una propuesta de acto jurídico para los fines de la aplicación de los Tratados. Posibilidad expresa, por tanto, de democracia directa, cuyo procedimiento y condiciones para su ejercicio se fijarán de conformidad con lo dispuesto en el párrafo primero del art. 24 TFUE<sup>842</sup>.

Por último, el art. 12 recoge un artículo de nueva factura, que ni el Tratado Constitucional había establecido en este sentido, estableciendo la contribución de los Parlamentos Nacionales al buen funcionamiento de la Unión, con el fin de dar respuesta a las exigencias que Holanda había formulado para salir del atolladero posterior al rechazo neerlandés al Tratado Constitucional<sup>843</sup>. Este precepto, colocado dentro del Título relativo a los principios democráticos, pretende incorporar a los Parlamentos Nacionales al funcionamiento ordinario de la Unión, siendo presentado como “un loable

<sup>840</sup> Vid. *Libro Blanco sobre la Gobernanza Europea*, Bruselas, 25 de julio de 2001.

<sup>841</sup> ALDECOA LUZÁRRAGA, Francisco - GUINEA LLORENTE, Mercedes: *La Europa que viene...*, p. 119.

<sup>842</sup> El art. 24 TFUE dispone en su párrafo primero que “El Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán mediante reglamentos, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, las disposiciones relativas a los procedimientos y condiciones preceptivos para la presentación de una iniciativa ciudadana en el sentido del artículo 11 del Tratado de la Unión Europea, incluido el número mínimo de Estados miembros de los que han de proceder los ciudadanos que la presenten”. Dicho reglamento fue aprobado por el Consejo el 14 de febrero de 2011 (vid. propuestas 65/10 y 5769/11 ADD 1), estableciéndose entre otras cosas que la iniciativa ha de versar sobre un ámbito competencia de la UE, el “número significativo” de estados miembros se define como al menos una cuarta parte de los miembros de la Unión, se establece una ponderación para calcular el número de apoyos necesarios en cada Estado (el mínimo sería el número de parlamentarios europeos que correspondan a cada Estado multiplicado por 750) y se fija un plazo de doce meses para que los proponentes de la iniciativa consigan el millón de firmas necesario.

<sup>843</sup> Vid. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José: “La nueva regulación del régimen de competencias en el Tratado de Lisboa: especial referencia al control del principio de subsidiariedad”, en Martín y Pérez de Nanclares (coordinador), *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional*, Madrid, Iustel, 2008, p. 281.

avance en la legitimidad democrática de la Unión<sup>844</sup>, lo cual es rechazado por parte de la doctrina que considera que en el fondo subyace una desconfianza hacia el Parlamento Europeo<sup>845</sup>.

El precepto enumera seis funciones con las que los Parlamentos Nacionales contribuirán a ese buen funcionamiento de la Unión. Tres de ellas son de carácter general y conectan con el principio de subsidiariedad, que ahora se coloca en un lugar de honor, frente a lo dispuesto en el Tratado Constitucional donde su regulación se remitía a los Protocolos sobre el papel de los Parlamentos Nacionales y sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad<sup>846</sup>: ser informados y recibir los proyectos de actos legislativos de la Unión, velar porque se respete el principio de subsidiariedad y participar en la cooperación interparlamentaria entre los Parlamentos Nacionales y el Parlamento Europeo (letras a, b, f). Las otras tres, de carácter particular, se limitan a visualizar atribuciones que ya tenían atribuidas los Parlamentos Nacionales: la participación en los mecanismos de evaluación de la aplicación de las políticas de la Unión en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, así como en Europol y Eurojust (letra c) de conformidad con lo dispuesto en los arts. 70, 88 y 85 TFUE (que reproducen los arts. II-260, II-273 y II-276 TC); la participación en los procesos de revisión de los Tratados (letra d) que se hará de conformidad con el art. 48 TUE (traslada el art. IV-443 TC); y la obligación de que se les informe de las solicitudes de adhesión (letra e) de acuerdo con el art. 49 TUE (que traslada el art. I-58 TC). Sobre el papel de los Parlamentos Nacionales y su relación con el principio de subsidiariedad volveremos en el Capítulo Cuarto.

<sup>844</sup> *Ibidem*, p. 282. Conviene recordar que la *Declaración de Laeken* disponía que “los Parlamentos Nacionales también contribuyen a legitimar el proceso europeo”.

<sup>845</sup> De hecho el profesor Nanclares manifiesta que “no creemos que la Unión incremente su nivel de legitimidad democrática porque se refuerce la posición de los Parlamentos nacionales. Antes al contrario, a nuestro entender, la legitimidad democrática le viene dada a la Unión desde una perspectiva institucional por el hecho de que *su* Parlamento, el Parlamento Europeo, esté actualmente revestido de una verdadera legitimidad democrática formal (elección por sufragio universal directo desde 1979) y también de una evidente legitimidad democrática material, pues tiene encomendadas en el ámbito comunitario las atribuciones típicas de cualquier Parlamento democrático”, *ibidem*, p. 282. En el mismo sentido, la profesora Sáenz de Santa María expone que “la irrupción de los Parlamentos Nacionales en el proceso de toma de decisiones distorsiona el llamado método comunitario, dando entrada a un actor estatal”, SÁENZ DE SANTA MARÍA, Paz Andrés: “El sistema institucional en el Tratado de Lisboa: entre la continuidad y el cambio”, en Martín y Pérez de Nanclares (coordinador), *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional*, Madrid, Iustel, 2008, p. 223.

<sup>846</sup> Por tanto, el art. 12 no incrementa los mecanismos recogidos en los Protocolos, únicamente enumera las posibilidades ofrecidas por los Tratados para que formen parte de la política europea, *vid.* ALDECOA LUZÁRRAGA, Francisco - GUINEA LLORENTE, Mercedes: *La Europa que viene...*, p. 120, así como MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José: “La nueva regulación...”, pp. 282-284.

En definitiva, el resultado de este Título II del TUE es “un conjunto de disposiciones con una finalidad típicamente constitucional, más que propias de un Tratado internacional”<sup>847</sup>, pretendiendo “justificar desde un punto de vista democrático el ejercicio del poder en la Unión Europea”<sup>848</sup>.

#### 4. Título III: Disposiciones sobre las Instituciones

Corresponde en estos momentos abordar el complejo ámbito institucional que, como hemos visto en el Capítulo anterior, generó gran tensión en el seno de la Convención Europea (que omitió conscientemente crear un Grupo de Trabajo específico en esta materia) y de la posterior Conferencia Intergubernamental, incapaz en un primer momento de llegar a un acuerdo sobre el texto constitucional ante el disenso en el apartado institucional y, sobre todo, en la definición de la mayoría cualificada.

El Tratado de Lisboa regula las disposiciones sobre las instituciones en el Título III del Tratado de la Unión Europea (arts. 13 a 19) y en el Título I de la Sexta Parte del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. De esta forma, el art. 13.1 TUE dispone el marco institucional de la Unión, estableciendo cinco instituciones cuyos aspectos fundamentales se definen en el Tratado de la Unión Europea: Parlamento Europeo (art. 14 TUE), Consejo Europeo (art. 15 TUE), Consejo (art. 16 TUE), Comisión Europea (art. 17 TUE) y Tribunal de Justicia de la Unión Europea (art. 19 TUE), cuyas regulaciones detalladas, según prevé el apartado tercero del art. 13, se recogerían en el Capítulo 1 del Título I de la Sexta Parte del TFUE; asimismo, el art. 13.1 TUE incluye otras dos instituciones cuya regulación, conforme al referido art. 13.3 TUE, se haría a través del TFUE: Banco Central Europeo (Sección sexta del Capítulo 1 del Título I de la Sexta Parte) y Tribunal de Cuentas (Sección séptima del Capítulo 1 del Título I de la Sexta Parte). De ellas, aquellas que tienen carácter decisorio (Parlamento Europeo, Consejo y Comisión) estarán asistidas, según dispone el apartado cuarto del art. 13, por un Comité Económico y Social y un Comité de las Regiones, dotados de funciones consultivas y regulados en el Capítulo 3 del Título I de la Sexta Parte del TFUE. Finalmente, dada su singularidad, se sitúa en un capítulo propio (el 4) pero

---

<sup>847</sup> Vid. ALDECOA LUZÁRRAGA, Francisco - GUINEA LLORENTE, Mercedes: *La Europa que viene...*, p. 116.

<sup>848</sup> *Ibidem*, p. 116.



dentro del bloque institucional (Título I de la Sexta Parte del TFUE) el Banco Europeo de Inversiones.

El Tratado de Lisboa mantiene, por tanto, el marco institucional del Tratado Constitucional, con pequeños matices de corte técnico<sup>849</sup> aunque con el resultado de estar ante una regulación más fragmentada que nunca<sup>850</sup>. Lo mismo podría decirse, y esto es lo realmente importante, de las innovaciones institucionales contenidas en el Tratado Constitucional, de forma que en el Tratado lisboeta “los elementos claves de la reforma [...] se introducen sin apenas cambios”<sup>851</sup>, consistiendo las principales novedades de fondo en el aplazamiento de la aplicación de los cambios más importantes<sup>852</sup>. Por ello, en este epígrafe nos centraremos en las modificaciones introducidas por Lisboa respecto al Tratado Constitucional, pues en el Capítulo Segundo ya abordamos en profundidad las innovaciones que el texto constitucional europeo incorporaba.

a) El Parlamento Europeo está regulado, en sus aspectos principales, en el art. 14 TUE, desarrollándose en los arts. 223-234 TFUE. El Tratado de Lisboa mantiene los aspectos fundamentales previstos en el Tratado Constitucional, incluyendo la referencia expresa a su función legislativa y presupuestaria conjuntamente con el Consejo y la capacidad de elección del Presidente de la Comisión, aunque mediatizada por la propuesta procedente del Consejo Europeo<sup>853</sup>. De hecho, al consolidarse el procedimiento legislativo ordinario como el mecanismo legislativo habitual, ampliándose de modo notable el número de materias en que se emplea, el Parlamento mejora su capacidad de acción en este ámbito; lo mismo podría decirse de la nueva capacidad de iniciativa que se le da en el procedimiento de revisión de los Tratados y en

<sup>849</sup> Así, el Título IV del Tratado Constitucional distinguía entre instituciones generales que eran las mencionadas en el art. I-19 TC (Parlamento Europeo, Consejo Europeo, Consejo, Comisión Europea y Tribunal de Justicia de la Unión Europea), otras instituciones contenidas en los arts. I-30 y I-31 TC (Banco Central Europeo y Tribunal de Cuentas) y órganos consultivos del art. I-32 TC (Comité de las Regiones y Comité Económico y Social). Por su parte, como acabamos de ver, el Tratado de Lisboa incluye en el art. 13 TUE las siete instituciones de la Unión, así como la mención de los dos órganos consultivos.

<sup>850</sup> *Vid.* SÁENZ DE SANTA MARÍA, Paz Andrés: “El sistema institucional...”, p. 205.

<sup>851</sup> ALDECOA LUZÁRRAGA, Francisco - GUINEA LLORENTE, Mercedes: *La Europa que viene...*, p. 170.

<sup>852</sup> Como el tamaño final de la Comisión o la aplicación de la nueva definición de la mayoría cualificada, cuya vigencia será efectiva en el 2014 e, incluso en algunos supuestos, en el 2017, *vid.* SÁENZ DE SANTA MARÍA, Paz Andrés: “El sistema institucional...”, p. 206; para un estudio del marco institucional resultante del Tratado de Lisboa puede verse el mismo trabajo de esta profesora, *vid.* pp. 205-225.

<sup>853</sup> Del mismo modo, mantendría intactas sus funciones consultivas y de control político.

la composición de la Convención, conforme a lo previsto en el art. 48 TUE y sobre lo que volveremos más adelante.

Se fija asimismo el número de escaños del Parlamento, manteniendo los 750 previstos en el Tratado Constitucional, si bien se añade el inciso “más el Presidente” como consecuencia de la reivindicación italiana de mantener la paridad de representación con Reino Unido y Francia; también se establece su distribución decreciente proporcional con un número mínimo (6) y máximo (96) por Estado, aunque sin adoptar la distribución final por estados, que quedaría en manos de una Decisión del Consejo Europeo que habrá de adoptarse por unanimidad a iniciativa y con la aprobación del propio Parlamento Europeo, lo que permitiría su flexibilidad y capacidad de adaptación en el tiempo.

Finalmente, tampoco se observan variaciones en relación con la forma de elección (sufragio universal, directo, libre y secreto) y la duración del mandato establecido en cinco años.

b) El Consejo Europeo y su Presidente se regulan respectivamente en el art. 15 TUE, desarrollado por lo dispuesto en los arts. 235 y 236 TFUE. Su configuración hereda las características básicas previstas por el Tratado Constitucional: define las orientaciones y prioridades políticas generales sin que ejerza función legislativa alguna, se incluye a su Presidente estable y al Alto Representante en su composición, se institucionaliza su carácter trimestral, y la toma de decisiones sería por consenso.

En relación con su Presidente, se mantiene la nueva figura introducida por el Tratado Constitucional, con todas sus características relativas a su elección por mayoría cualificada del propio Consejo Europeo (lo que implica una cuestionable legitimidad democrática puesto que no es elegido ni ratificado por el Parlamento Europeo y tampoco puede ejercer ningún mandato nacional), duración (dos años y medio renovables una vez) y funciones (que reproducen el art. I-22.2 TC), entre las que destacan la representación de la Unión en el exterior en los asuntos relativos a la PESC, sin perjuicio de las competencias del Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad.

Lo más destacable es, por tanto, la institucionalización formal del Consejo Europeo de forma independiente al Consejo, lo que conlleva que quede sometido a los mecanismos de control judicial que prevén los Tratados<sup>854</sup>; y la nueva figura del Presidente estable que supone que “por primera vez, el Consejo Europeo, va a contar con un miembro que no representa un interés de un Estado miembro”<sup>855</sup>, lo que podría “repercutir en un cambio de dinámicas dentro de la institución, que no sean estrictamente intergubernamentales y conducir, por qué no, a una cierta «comunitarización»”<sup>856</sup>, si bien la profesora Araceli Mangas concluye que el modelo refleja un fortalecimiento del Consejo Europeo y del poder de los estados, proyectándose un ejecutivo bicéfalo con una cara intergubernamental (Consejo Europeo) y otra comunitaria (Comisión)<sup>857</sup>.

c) El Consejo se regula en el art. 16 TUE y en los arts. 237-243 TFUE, manteniendo las líneas generales previstas en el Tratado Constitucional, aunque con algunos cambios ligados fundamentalmente a la configuración y momento de aplicación de la nueva definición de la mayoría cualificada.

Así, se hacen expresas sus funciones legislativas y presupuestarias conjuntamente con el Parlamento Europeo, a las que se añaden las de definición de políticas y de coordinación. Paralelamente, se mantiene su composición (por un representante de rango ministerial de cada Estado), y la mayoría cualificada como regla general de decisión<sup>858</sup>, si bien determinados ámbitos (escasos) serán decididos por mayoría simple<sup>859</sup> y persiste la unanimidad en campos de especial transcendencia como la política exterior, defensa, seguridad social, la cláusula de flexibilidad o imprevisión

<sup>854</sup> Vid. arts. 263 y 265 TFUE.

<sup>855</sup> ALDECOA LUZÁRRAGA, Francisco - GUINEA LLORENTE, Mercedes: *La Europa que viene...*, p. 175.

<sup>856</sup> *Ibidem*.

<sup>857</sup> Es decir, se fortalece la doble lógica del modelo europeo construido entre lo intergubernamental y lo comunitario, algo que ya sucedía (y se consolida) con el poder legislativo, caracterizado igualmente por la dualidad entre el legislador intergubernamental (Consejo) y el comunitario (Parlamento Europeo), vid. MANGAS MARTÍN, Araceli: “El escoramiento intergubernamental de la Unión”, en Martín y Pérez de Nancrales (coordinador), *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional*, Madrid, Iustel, 2008, p. 234.

<sup>858</sup> El art. 16.3 TUE dispone que “el Consejo se pronunciará por mayoría cualificada, excepto cuando los Tratados dispongan otra cosa”. No deja de ser curioso que el art. 205.1 TCE emanado del Tratado de Niza reflejara que “salvo disposición en contrario del presente Tratado, el Consejo adoptará sus acuerdos por mayoría de los miembros que lo componen”; es decir, teóricamente la regla general de toma de decisiones derivada de Niza sería la mayoría, no la mayoría cualificada, lo que en la práctica no dejaba de ser un *brindis al sol* dadas las continuas excepciones que convertían la regla general en lo inhabitual.

<sup>859</sup> Una selección de ámbitos donde la decisión se adopta por mayoría simple puede verse en MANGAS MARTÍN, Araceli - LIÑÁN NOGUERAS, Diego J.: *Instituciones...*, 2010, p. 259.

competencial, los procedimientos de ratificación y revisión, el mecanismo de adhesión de nuevos estados a la Unión o determinados aspectos de la Cooperación Policial y Judicial en Materia Penal<sup>860</sup>.

El Tratado de Lisboa pretende dotar de más transparencia, eficacia y democracia al funcionamiento del Consejo. Para ello reproduce tres aspectos en los que ya incidía el frustrado Tratado Constitucional: una nueva configuración de la mayoría cualificada, la reforma del modelo de presidencias rotatorias, y la publicidad de sus sesiones.

En primer lugar, el apartado cuarto del art. 16 recoge la novedosa y compleja formulación de la mayoría cualificada<sup>861</sup> que había previsto el Tratado Constitucional después de una fuerte polémica sobre la que ya incidimos en el Capítulo Segundo: la adopción de decisiones por mayoría cualificada necesitaría un mínimo del 55% de los estados que incluya al menos 15 de ellos y represente a estados miembros que reúnan como mínimo al 65% de la población de la Unión, al tiempo que la minoría de bloqueo tendría que estar constituida como mínimo por cuatro países. Paralelamente, el supuesto excepcional que preveía el art. I-25.2 TC pasa a regularse en el art. 238.2 TFUE, de forma que si el Consejo no actúa a propuesta de la Comisión o del Alto Representante, la mayoría exigida sería de un mínimo del 72% de estados que comprendieran al menos el 65% de la población<sup>862</sup>.

No obstante, como también había sucedido con el Tratado Constitucional, la posición de Polonia sobre la mayoría cualificada dificultó el acuerdo, lo que llevó a que el Tratado de Lisboa incorporara el *Protocolo n° 36* sobre las disposiciones transitorias y una serie de Declaraciones. Estas cláusulas, sobre las que nos detendremos en este Capítulo más adelante cuando hablemos de la aplicabilidad del Tratado lisboeta, irían

<sup>860</sup> Vid. *ibidem*, p. 263; conviene recordar que las abstenciones no impedirían la adopción de decisiones cuando se requiera la unanimidad (art. 238.4 TFUE que reproduce lo dispuesto en el art. 205.3 TCE).

<sup>861</sup> Vid. GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo: “La nueva regla de la mayoría cualificada y sus paliativos temporales”, en Martín y Pérez de Nanclares (coordinador), *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional*, Madrid, Iustel, 2008, pp. 241-250. Este autor sintetiza la configuración del sistema de voto en el Consejo desde Niza al Tratado de Lisboa, pasando por las propuestas de doble mayoría formuladas por la Convención y el Tratado Constitucional. Llama la atención su reflexión final relativa a que una supuesta entrada de Turquía en la Unión podría implicar la revisión del sistema adoptado por el Tratado de Lisboa, ya que con él, el gobierno turco podría convertirse en el que tuviera mayor peso relativo de la Unión dada la evolución demográfica actual, *ibidem*, p. 250.

<sup>862</sup> Conviene tener presente que el art. 238.3 TFUE prevé la configuración de la mayoría cualificada en sus dos supuestos (ordinario y excepcional) para los casos en los que no todos los estados participen en la decisión de que se trate, por ejemplo, ante la utilización de la vía de las cooperaciones reforzadas.

en dos sentidos: por un lado, retrasar la aplicación de la nueva definición de la mayoría cualificada hasta el 1 de noviembre de 2014, como constata el propio art. 16.4 TUE, lo que significa cinco años de retraso respecto a la fecha de referencia de 1 de noviembre de 2009 prevista para este ámbito por el Tratado Constitucional<sup>863</sup>; y por otro, que más allá del mes de noviembre de 2014 exista un período transitorio hasta el 31 de marzo de 2017 que permita solicitar a cualquier Estado la utilización del sistema previsto por el Tratado de Niza<sup>864</sup> o, incluso más allá de abril de 2017 modular su aplicación<sup>865</sup>.

La conclusión, a nuestro juicio, es que la fórmula final establecida en el art. 16.4 TUE y en el art. 238 TFUE, aunque creemos que avanza respecto a Niza, se construye sobre porcentajes artificiosos y poco claros, al tiempo que se rodea de multitud de matices y excepciones de difícil comprensión para el ciudadano, quedando lejano el objetivo de dotar a la mayoría cualificada de mayor transparencia.

En segundo lugar, respecto de las formaciones del Consejo, Lisboa sigue también al Tratado Constitucional, disponiendo únicamente de modo expreso la existencia del Consejo de Asuntos Generales, que preparará las reuniones del Consejo Europeo y garantizará la actuación subsiguiente y del Consejo de Asuntos Exteriores, que elaborará la acción exterior de la Unión, previendo que sea el Consejo Europeo el que, por mayoría cualificada, establezca las demás formaciones del Consejo (art. 16.6 TUE y art. 236 TFUE).

<sup>863</sup> Vid. art. 2 del *Protocolo n° 34* sobre las disposiciones transitorias relativas a las instituciones y órganos de la Unión, anexo al Tratado Constitucional.

<sup>864</sup> Además, se recupera el planteamiento polaco inspirado en el compromiso de Ioannina formulado en el Tratado Constitucional, por el que si un número de miembros del Consejo que represente al menos las tres cuartas partes de la población, o, al menos, las tres cuartas partes del número de estados miembros, necesario para constituir una minoría de bloqueo, manifiesta su oposición a que el Consejo adopte un acto por mayoría cualificada, el Consejo debatirá el asunto; vid. *Declaración n° 7* anexa al Tratado de Lisboa relativa al apartado 4 del artículo 16 del Tratado de la Unión Europea y al apartado 2 del artículo 238 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, Sección 1, art. 1.

<sup>865</sup> De esta forma, si un número de miembros del Consejo que represente al menos el 55% de la población, o al menos el 55% del número de estados miembros, necesario para constituir una minoría de bloqueo, manifiesta su oposición a que el Consejo adopte un acto por mayoría cualificada, el Consejo debatirá igualmente el asunto; vid. *Declaración n° 7* anexa al Tratado de Lisboa relativa al apartado 4 del artículo 16 del Tratado de la Unión Europea y al apartado 2 del artículo 238 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, Sección 2, art. 4. Esta última posibilidad es cuestionada por el profesor Gutiérrez Espada que se pregunta “¿es lógico que transcurrido el período transitorio que como concesión a los Estados que perdían con el cambio de la regla de Niza a la nueva se estableció con determinados requisitos, se abra ahora un nuevo período de concesión en el que, con carácter esta vez indefinido, se otorga de nuevo a cualquier Estado miembro la posibilidad de bloquear temporalmente el acuerdo del Consejo pero con menores exigencias y más facilidad por tanto...?”, GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo: “La nueva regla...”, p. 248.

En relación con la presidencia de las distintas formaciones del Consejo de Ministros, el art. 16.9 TUE establece que, con excepción del Consejo de Asuntos Exteriores (presidido por el Alto Representante), la presidencia de cada formación se ejercería por un sistema de rotación igual según el modelo que disponga el Consejo Europeo en una Decisión a tal efecto adoptada por mayoría cualificada, si bien su contenido ya quedaba prefijado en la *Declaración n° 9* anexa al Tratado de Lisboa: la presidencia sería desempeñada (salvo en el caso del Consejo de Asuntos Exteriores) por grupos preestablecidos de tres estados miembros por un período de 18 meses, correspondiendo a cada miembro del grupo la presidencia por 6 meses, siendo asistido por los otros dos en base a un programa común, lo que venía a reproducir el esquema que ya se viene aplicando desde 2006 y que también establecía el Tratado Constitucional<sup>866</sup>.

En tercer lugar, el art. 16.8 TUE dispone que el Consejo se reunirá en público cuando delibere y vote sobre un proyecto de acto legislativo, lo que ya preveía el Tratado Constitucional (arts. I-24.6 y I-50.2 TC) y fortalece el objetivo de mayor democratización y transparencia.

d) La Comisión Europea y su Presidente se regulan en el art. 17 TUE y arts. 244-250 TFUE; además, haremos una mención particular, por su elección, mandato y funciones, al Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad, figura heredera del novedoso Ministro de Asuntos Exteriores previsto en el Tratado Constitucional y que se define en el art. 18 TUE.

En relación con la Comisión, Lisboa traslada lo dispuesto en el Tratado Constitucional, tanto respecto de sus heterogéneas funciones que van desde el monopolio de la iniciativa legislativa a la representación exterior de la Unión (salvo en la PESC) pasando por labores de ejecución y gestión en los casos que dispongan los

---

<sup>866</sup> La excepción a este modelo vendría dada por el Consejo de Asuntos Exteriores, cuya presidencia correspondería al Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad, o para el Consejo de Asuntos Económicos y Financieros de los estados que forman parte del euro (el *eurogrupo*) cuya presidencia recayó en el Primer Ministro luxemburgués Jean-Claude Juncker desde el año 2005. En otro plano, también tendrían carácter estable la presidencia del Comité de Representantes Permanentes, ejercida por un representante del Estado miembro que presida el Consejo de Asuntos Generales, y la presidencia del Comité Político y de Seguridad, desempeñada por un representante del Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad.

Tratados, como respecto a la duración de su mandato que se fija en cinco años, su carácter independiente o su responsabilidad colegiada ante el Parlamento Europeo<sup>867</sup>.

Por tanto, destacaremos las dos principales novedades aportadas por Lisboa que, como viene siendo habitual, reproducen los cambios que a su vez había hecho el Tratado Constitucional: la eliminación del principio de que cada Estado tenga un miembro de la Comisión, de forma que ésta estará compuesta por un número de miembros correspondiente a los dos tercios del número de estados miembros, incluyendo a su Presidente y al Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad, mediante un sistema de rotación estrictamente igual entre los estados miembros regulado en el art. 244 TFUE<sup>868</sup>; y la dilación de la aplicación de este nuevo modelo, puesto que hasta el 1 de noviembre de 2014 seguirá vigente el principio de un comisario por Estado (lo que sirve, por tanto, para el actual colegio de comisarios).

Respecto de la elección del Presidente de la Comisión, el Consejo Europeo tras mantener las consultas apropiadas propondrá por mayoría cualificada un candidato teniendo en cuenta el resultado de las elecciones al Parlamento Europeo<sup>869</sup>, siendo esta última institución la que lo elegirá por mayoría de sus miembros. Este Presidente electo de la Comisión será el que, de común acuerdo con el Consejo, adoptará el resto de miembros de la Comisión a partir de las propuestas presentadas por los estados miembros (exceptuando el caso del Alto Representante que veremos a continuación), teniendo finalmente todos ellos (incluyendo ahora a dicho Alto Representante) que

---

<sup>867</sup> Es decir, se prevé la posibilidad de moción de censura del Parlamento a la Comisión conforme al procedimiento previsto en el art. 234 TFUE que, a su vez, dispone una mayoría reforzada de dos tercios de los votos emitidos para poder prosperar; en caso de que dicha moción triunfe, todos los miembros de la Comisión, incluido el Alto Representante, tendrían que presentar su dimisión.

<sup>868</sup> Este precepto reproduce las letras a) y b) del apartado sexto del art. I-26 TC; además, habría que tener en cuenta lo dispuesto en la *Declaración n° 10* anexa al Tratado de Lisboa.

<sup>869</sup> Que la propuesta del Consejo Europeo se haga sobre la base de un candidato perteneciente al grupo con más apoyo en el Parlamento Europeo no era una novedad de hecho (ya había sido así con la primera elección de Durao Barroso en 2004), pero sí su formalización en los Tratados, cosa que ya había previsto el frustrado Tratado Constitucional con el fin de buscar fórmulas para democratizar y legitimar la elección del Presidente de la Comisión. No obstante, este sistema de elección es “un avance mínimo hacia la politización de la Comisión, dado que el derecho de propuesta sigue en manos de los Jefes de Estado y de Gobierno”, ALDECOA LUZÁRRAGA, FRANCISCO - GUINEA LLORENTE, Mercedes: *La Europa que viene...*, p. 177. Para tratar de atenuar el escaso papel del Parlamento Europeo en esta fase, el Tratado de Lisboa incorporó la *Declaración n° 11* disponiendo que “antes de la decisión del Consejo Europeo [relativa a la propuesta de Presidente de la Comisión], se mantendrán las necesarias consultas entre representantes del Parlamento Europeo y del Consejo Europeo, en el marco que se estime más oportuno”; en todo caso, se trataría de una mera capacidad consultiva que no interferiría en la decisión final del Consejo Europeo.

someterse al voto de aprobación del Parlamento Europeo, siendo finalmente la Comisión nombrada por mayoría cualificada del Consejo Europeo.

En este sentido, consideramos que las prerrogativas del Presidente de la Comisión se fortalecen más que los poderes de la propia Comisión, que en líneas generales mantienen las funciones y competencias previstas en los Tratados hasta entonces vigentes<sup>870</sup>. Y ello por este papel activo en la elección del resto de comisarios<sup>871</sup>, pero también por la obligación de todo comisario de presentar su dimisión si se lo pide el Presidente, con la excepción nuevamente del Alto Representante, en cuyo caso la petición de dimisión tendría que ir avalada por la mayoría cualificada del Consejo Europeo para que se hiciera efectiva.

Precisamente, el art. 18 TUE acoge la figura del Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad, en lo que es uno de los más claros ejemplos del velo con el que se construye el Tratado de Lisboa, ya que la única diferencia en relación con el Tratado Constitucional sería su cambio de denominación con el fin de minimizar la carga política que tendría el término Ministro. Por tanto, se mantendría intacta su forma de elección (mayoría cualificada del Consejo Europeo y aprobación del Presidente de la Comisión) y sus funciones como Presidente del Consejo de Asuntos Exteriores y Vicepresidente de la Comisión, en lo que se conoce como el “doble sombrero” al que nos hemos referido en el Capítulo Segundo, a la par que dirigiría y estaría asistido por un servicio europeo de acción exterior (art. 27.3 TUE)<sup>872</sup>.

<sup>870</sup> Sobre el papel de la Comisión resultante del Tratado de Lisboa hay división de opiniones en la doctrina. Así, hay quienes consideran que sale bien parada, al extender sus poderes a las nuevas bases jurídicas, incluyendo la comunitarización del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, o mejorar su posición en la ejecución de la legislación, *vid. ibidem*, p. 178. En sentido contrario estarían aquellos que consideran que Lisboa consolida la intergubernamentalización de la Comisión y la complejidad del sistema institucional, *vid. MANGAS MARTÍN, Araceli: “El escoramiento intergubernamental...”, pp. 236-238*. Desde nuestro punto de vista, la cuestión no sería que la Comisión pierda poderes, cosa que desde luego no sucede ya que incluso estos aumentan, sino que la Comisión posiblemente esperaba conseguir más de lo finalmente obtenido y el resto de instituciones (sobre todo el Parlamento Europeo) mejoran posiciones, a la par que se crean nuevas figuras que pueden ejercer un fuerte contrapeso a su actuación.

<sup>871</sup> En realidad, la necesidad de contar con el acuerdo del Presidente electo de la Comisión en la elección del resto de comisarios ya figuraba en el art. 214 TCE vigente hasta Lisboa.

<sup>872</sup> Su composición respondería a una doble naturaleza: por un lado, miembros de las instituciones con competencias de ejecución en la acción exterior (Consejo y Comisión) y por otro, miembros de las administraciones de los estados miembros, lo que responde a la doble naturaleza comunitaria e intergubernamental. El instrumento en sí tendría una naturaleza federal, pues serviría para ejecutar una política exterior europea de carácter común, aunque no única, de ahí que se rechazase la posibilidad de crear un cuerpo diplomático europeo que reemplazase a las diplomacias nacionales, *vid. ALDECOA LUZÁRRAGA, Francisco - GUINEA LLORENTE, Mercedes: La Europa que viene..., pp. 225-227*.



e) El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se regula en el art. 19 TUE y en los arts. 251-281 TFUE. Como ya expusimos en el Capítulo Segundo, esta institución sufrió una profunda transformación por el Tratado de Niza, con lo que las variaciones hechas por el Tratado de Lisboa, del mismo modo que pasaba con el Tratado Constitucional, no son muy importantes<sup>873</sup> y no afectan a la composición, forma de nombramiento y mandato.

El Tribunal garantizará el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados. En cuanto a sus funciones, el apartado tercero del art. 19 TUE recoge los cometidos principales del Tribunal, agrupados en tres grandes bloques que tampoco suponen variaciones respecto de lo que ya ocurría: resolución de recursos presentados por los estados, por una institución o por personas físicas o jurídicas; su actuación con carácter prejudicial a petición de los órganos jurisdiccionales nacionales; y la resolución de los demás supuestos previstos por los Tratados.

En este sentido, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea fortalece al Tribunal, ya que aumenta la legitimación para acudir al mismo por parte de instituciones y personas físicas o jurídicas. Al mismo tiempo Lisboa corrige la falta de control judicial de los actos del Consejo Europeo (arts. 263 y 265 TFUE), lo que también había previsto el Tratado Constitucional, y dota a la Carta de los Derechos Fundamentales del mismo valor jurídico que los Tratados, pese a no incluirla en los mismos (art. 6.1 TUE).

En el debe, consideramos que podría haberse hecho más por controlar judicialmente los actos derivados de la Política Exterior y de Seguridad Común y de la Política Común de Seguridad y Defensa que continúan fuera del ámbito de acción del Tribunal de Justicia<sup>874</sup>, lo que se ha corregido en el ámbito de los actos emanados del antiguo tercer pilar (Cooperación Policial y Judicial en Materia Penal) que, con algunos matices, pueden ser objeto de control por el Tribunal de Luxemburgo<sup>875</sup>.

---

<sup>873</sup> Como apuntamos en el Capítulo Primero, Lisboa consagra un cambio de denominación: la institución se denominaría Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que comprendería el Tribunal de Justicia (antiguo Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas), el Tribunal General (actual Tribunal de Primera Instancia), y los tribunales especializados (dentro de éstos hasta ahora sólo funciona un Tribunal de la Función Pública creado en el año 2004 para conocer de los conflictos entre la Unión Europea y sus agentes).

<sup>874</sup> *Vid.* art. 275 TFUE, que mantiene el criterio establecido en el art. III-376 TC.

<sup>875</sup> La excepción a este control judicial dentro del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia se recogería en el art. 276 TFUE, que traslada lo dispuesto en el art. III-377 TC.

f) El Banco Central Europeo (arts. 282-284 TFUE) y el Tribunal de Cuentas (arts. 285-287 TFUE) formarían parte igualmente del marco institucional previsto en el art. 13.1 TUE, pero la totalidad de su regulación se haría en el TFUE, probablemente con la idea de mantener algún tipo de distinción respecto de las anteriores instituciones. De ellas, como explicamos, el Tribunal de Cuentas gozaba ya en el sistema anterior a Lisboa de la consideración de institución, que ahora se extiende al Banco Central Europeo, el cual está asumiendo un papel cada vez más importante, en parte como resultado de la crisis económica y financiera global en la que estamos inmersos.

g) El art. 13.4 TUE recoge que el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión estarán asistidos por un Comité Económico y Social y por un Comité de las Regiones que ejercerán funciones consultivas, pero omite la definición de ambos órganos que sí hacía el Tratado Constitucional en la Parte I<sup>876</sup>, que se remite en su integridad al Capítulo 3 del Título I de la Sexta Parte del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea<sup>877</sup>. En ambos casos Lisboa no aporta mayores novedades respecto a la configuración hasta entonces existente, habiendo sido deseable su elevación al rango de institución, al menos en el caso del Comité de las Regiones, sobre el que tendremos ocasión de detenernos en el Capítulo Cuarto al hablar del mecanismo de alerta temprana y el papel de las regiones en el marco competencial de la Unión.

La conclusión que puede extraerse del modelo institucional establecido en Lisboa es de continuidad respecto al Tratado Constitucional y de reforma, que no ruptura, en relación al sistema institucional establecido hasta entonces por los Tratados constitutivos.

De esta forma podemos hablar de un modelo que “aunque aporta sin duda algunos cambios, también implica en buena medida una continuidad con el pasado en cuanto que mantiene las líneas maestras del sistema”<sup>878</sup> al tiempo que “ha asumido la regulación consagrada en el Tratado por el que se establece una Constitución para

<sup>876</sup> *Vid.* art. I-32 TC que pasa al art. 300 TFUE; el Tratado Constitucional comenzaba por el Comité de las Regiones para continuar después con el Comité Económico y Social; Lisboa invierte este orden y mantiene el criterio establecido hasta entonces en el TCE.

<sup>877</sup> El Comité Económico y Social se regularía en los arts. 301-304 TFUE, mientras que el Comité de las Regiones estaría regulado en los arts. 305-307 TFUE.

<sup>878</sup> SÁENZ DE SANTA MARÍA, Paz Andrés: “El sistema institucional...”, pp. 224.

Europa [...] añadiendo algunos retoques fruto de la CIG 2007”<sup>879</sup>, lo que permite hablar de un “cambio tranquilo”<sup>880</sup>, si bien es cierto que Lisboa introduce algunas modificaciones que hacen más complejo y menos coherente el sistema institucional, incrementando sus rasgos intergubernamentales<sup>881</sup>.

Paralelamente, las nuevas figuras establecidas por Lisboa, como la Presidencia estable del Consejo Europeo o el Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad (nueva denominación del Ministro de Asuntos Exteriores que preveía el Tratado Constitucional) podrían llegar a alterar el presente equilibrio institucional, si bien hasta que pasen varios años no podremos saber en qué medida afectan al conjunto del modelo<sup>882</sup>.

Además, cabe recordar que este marco institucional tendría vocación de permanencia, lo que se pone de manifiesto en las propias conclusiones del Consejo Europeo en que se aprobó el Tratado lisboeta, apuntando que “con el Tratado de Lisboa, la Unión dispondrá de un marco institucional estable y duradero”<sup>883</sup>, así como del mandato del Grupo de Reflexión sobre el futuro de la UE 2020-2030, que excluía explícitamente los aspectos institucionales<sup>884</sup>.

## 5. Título IV: Disposiciones sobre las cooperaciones reforzadas

Las cooperaciones reforzadas se regulan en el Título IV del Tratado de la Unión Europea (art. 20) y en el Título III de la Sexta Parte del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (arts. 326-334).

---

<sup>879</sup> *Ibidem*.

<sup>880</sup> *Ibidem*.

<sup>881</sup> *Vid. ibidem*. Esta dialéctica intergubernamental es la que percibe la profesora Araceli Mangas, ya que la eliminación de la nomenclatura constitucional que hace Lisboa permitiría observar mejor el papel preponderante de los estados, lo que se visualizaría en el descenso del Consejo Europeo a la arena comunitaria con influencia estable propiciada por su nueva Presidencia y el Alto Representante, mientras el Consejo de Ministros mantiene su posición y es la Comisión la institución que estaría en peligro, por ejemplo, ante el veto potencial a sus propuestas en el marco del mecanismo de alerta temprana; en todo caso, esta situación sería consecuencia de la ampliación del número de estados con intereses cada vez más heterogéneos y alejados del horizonte político de la integración, *vid.* MANGAS MARTÍN, Araceli: “El escoramiento intergubernamental...”, pp. 227-239.

<sup>882</sup> *Vid.* ALDECOA LUZÁRRAGA, Francisco - GUINEA LLORENTE, Mercedes: *La Europa que viene...*, p. 170.

<sup>883</sup> *Vid. Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo*, Bruselas, 14 de diciembre de 2007, punto 6.

<sup>884</sup> *Vid. ibidem*, punto 9.

En este ámbito Lisboa, al igual que sucedió con el Tratado Constitucional, no aporta novedades sustantivas pues, como expusimos en el Capítulo Segundo, el salto cualitativo ya se había dado con la aprobación del Tratado de Niza que, entre otras cosas, institucionalizó la posibilidad de establecer cooperaciones reforzadas en la PESC.

De esta forma, se mantiene la regulación diseñada por el Tratado Constitucional, tanto respecto a su finalidad vinculada al impulso de los objetivos de la Unión, protección de sus intereses y refuerzo del proceso de integración (art. 20.1 TUE); su caracterización como último recurso (art. 20.2 TUE); su carácter únicamente vinculante para los estados participantes, no considerándose por tanto, acervo que deban aceptar los países candidatos a la adhesión (art. 20.4 TUE), así como el refuerzo de la Comisión y del Parlamento Europeo en lo relativo a la autorización de la cooperación reforzada. No obstante, de la misma manera que ocurría con el Tratado Constitucional, mantiene las singularidades en el ámbito de la PESC, como la autorización unánime del Consejo o el escaso papel del Parlamento Europeo (art. 329.2 TFUE), a diferencia de lo que se dispone para el supuesto ordinario donde era necesaria la autorización del Consejo (no unánime, sino aplicando la regla general de la mayoría cualificada) y la previa aprobación del Parlamento Europeo (art. 329.1 TFUE).

En idéntico sentido, también incluye la principal aportación efectuada por el Tratado Constitucional en el campo de las cooperación reforzadas, relativa a la inclusión de los ámbitos vinculados con la defensa (arts. 42.6 y 46 TFUE), aunque con el *freno de mano* puesto: no será posible que las pasarelas previstas en el art. 333 TFUE que permitían bajo ciertas condiciones<sup>885</sup> el paso de la unanimidad a la mayoría cualificada y de un procedimiento legislativo especial al ordinario, se utilicen en relación con “las decisiones que tengan repercusiones militares o en el ámbito de la defensa”<sup>886</sup>.

Como cambios más relevantes introducidos por Lisboa pueden citarse que el número mínimo de estados necesario pasa a fijarse en nueve (frente al tercio previsto en el Tratado Constitucional), no suponiendo variación alguna con la cifra actual de

---

<sup>885</sup> Conforme a los arts. 333.1 y 333.2 TFUE sería necesaria la unanimidad del Consejo, constituida únicamente por los votos de los representantes de los estados participantes (art. 330 TFUE).

<sup>886</sup> Art. 333.3 TFUE.

miembros de la Unión aunque sí en caso de futuras ampliaciones, y la definición de la mayoría cualificada se remite a lo dispuesto en el art. 238 TFUE para el Consejo, a diferencia de lo previsto en el art. I-44 TC que definía en su articulado dicha mayoría.

6. Título V: Disposiciones generales relativas a la acción exterior de la Unión y disposiciones específicas relativas a la política exterior y de seguridad común

Veremos ahora esquemáticamente la acción exterior de la Unión (arts. 21-46 TUE) centrándonos en sus principios fundamentales, pues lo contrario excedería con creces el objeto del presente trabajo. Este ámbito, de naturaleza parcialmente intergubernamental, representa uno de los más claros ejemplos del velo que sustenta el Tratado de Lisboa y que se concretaría en el cambio de denominación del Ministro de Asuntos Exteriores, la multiplicación de cláusulas defensivas y la partición de la regulación entre el TUE y el TFUE.

Bajo esta rúbrica, como su nombre indica, se engloban dos capítulos diferenciados. En el Capítulo 1 se recogen las disposiciones generales relativas a la acción exterior de la Unión<sup>887</sup>, regulando sus principios y objetivos en el art. 21 TUE<sup>888</sup> sobre la base de lo reflejado en el art. 3.5 TUE<sup>889</sup>, implicando un salto cualitativo respecto a la regulación prevista en el antiguo TUE “pasándose de una concepción de la política exterior europea basada en el interés común a una formulación explícita de unos objetivos que permiten el desarrollo de la política de responsabilidad”<sup>890</sup>, al menos, en teoría.

Además, este Capítulo 1 recoge en el art. 22<sup>891</sup> la competencia del Consejo Europeo en la definición de los intereses y objetivos estratégicos de la Política Exterior Común, lo que se haría por unanimidad, y la del Alto Representante y la Comisión en la presentación de propuestas en dichos ámbitos (el primero en el ámbito de la PESC y la segunda en los demás ámbitos de la acción exterior). De esta forma podría decirse que

<sup>887</sup> Este Capítulo 1 del Título V del Tratado de la Unión Europea se refiere a la PESC, pero también se aplicaría, como dispone el art. 205 TFUE, a la acción exterior de naturaleza económica y social regulada en la Quinta Parte del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y, en general, al conjunto de la dimensión exterior de las políticas de la Unión.

<sup>888</sup> Este artículo traslada literalmente lo dispuesto en el art. III-292 TC al que ya nos referimos.

<sup>889</sup> El art. 3.5 TUE reproduce el art. III-3.4 TC, aunque incorpora el inciso “y contribuirá a la protección de sus ciudadanos”.

<sup>890</sup> ALDECOA LUZÁRRAGA, Francisco - GUINEA LLORENTE, Mercedes: *La Europa que viene...*, p. 217.

<sup>891</sup> *Id.* en sentido similar el art. III-293 TC.

“el marco institucional está más cerca de ser único, al menos en la programación de la política y en la ejecución, aunque menos en la decisión”<sup>892</sup>, porque conforme a las directrices emanadas del Consejo Europeo, los procedimientos de decisión son distintos: en la PESC decide el Consejo sólo y por unanimidad a iniciativa del Alto Representante o de un Estado miembro; mientras que en las políticas comunitarias con naturaleza exterior, decide el Consejo por mayoría cualificada conjuntamente con el Parlamento Europeo a iniciativa de la Comisión. Por lo que se refiere a la ejecución de toda la acción exterior, el responsable es el Alto Representante siendo asistido por el servicio europeo de acción exterior<sup>893</sup>.

El Capítulo 2, relativo a la Política Exterior y de Seguridad Común, se divide a su vez en dos secciones: la sección 1 en la que se regulan sus singularidades institucionales y procedimentales (todavía demasiadas), y la sección 2 en las que se recoge el ámbito especial representado por la Política Europea de Seguridad y Defensa, donde hay aportaciones importantes derivadas del Tratado Constitucional.

Dentro de la sección 1, el art. 24 TUE establece las singularidades propias de la PESC: se regirá por mecanismos y procedimientos específicos, la regla general de decisión será la unanimidad, se excluye en este campo la adopción de actos legislativos, y el Tribunal de Justicia no tendrá competencia en este ámbito con excepción de lo dispuesto en el párrafo segundo del art. 275 TFUE<sup>894</sup>; en relación con ello, y siguiendo la pauta establecida por el Tratado Constitucional, la ejecución de la PESC no afectará a los arts. 3-6 incluidos dentro de los ámbitos de competencias de la Unión<sup>895</sup>. Esta intergubernamentalidad también se deja notar en el inciso añadido por Lisboa al art. 4.2 TUE, según el cual “en particular, la seguridad nacional seguirá siendo responsabilidad exclusiva de cada Estado miembro”<sup>896</sup>.

<sup>892</sup> ALDECOA LUZÁRRAGA, Francisco - GUINEA LLORENTE, Mercedes: *La Europa que viene...*, p. 222.

<sup>893</sup> *Vid. ibidem*.

<sup>894</sup> Conforme al párrafo segundo del art. 275 TFUE sí sería competente “para controlar el respeto del artículo 40 del Tratado de la Unión Europea y para pronunciarse sobre los recursos interpuestos en las condiciones contempladas en el párrafo cuarto del artículo 263 del presente Tratado y relativos al control de la legalidad de las decisiones adoptadas por el Consejo en virtud del Capítulo 2 del Título V del Tratado de la Unión Europea por las que se establezcan medidas restrictivas frente a personas físicas o jurídicas”.

<sup>895</sup> *Vid. art. I-40 TUE*.

<sup>896</sup> En sentido similar, *vid. Declaraciones n° 13 y 14 relativas a la Política Exterior y de Seguridad Común*, anexas al Tratado de Lisboa.

Por su parte, el art. 31.2 TUE prevé una serie de excepciones a la regla de la unanimidad<sup>897</sup>, complementadas con lo dispuesto en el art. 31.3 que hace expresa la pasarela que permite pasar de la unanimidad a la mayoría cualificada cuando el Consejo Europeo así lo decida por unanimidad en ámbitos distintos a los ya previstos en el apartado 2. Además, el art. 31.4 TUE explicita que las disposiciones recogidas en los dos apartados anteriores “no se aplicarán a las decisiones que tengan repercusiones en el ámbito militar o de la defensa”.

Finalmente, el art. 41 TUE acoge las disposiciones financieras que se aplicarían al conjunto de la PESC, confirmando las innovaciones que había efectuado el art. III-313 TC para facilitar la financiación de las actuaciones en este campo, entre las que se incluirán las misiones llevadas a cabo dentro de la Política Común de Seguridad y Defensa.

En relación con la sección 2, recoge las disposiciones sobre la Política Común de Seguridad y Defensa (insertada dentro de la PESC), cuyos principios generales define el art. 42 TUE<sup>898</sup> y concretan los arts. 43-46 TUE<sup>899</sup>. El Tratado de Lisboa mantiene, por consiguiente, las líneas de la Política Común de Seguridad y Defensa diseñadas por el Tratado Constitucional, incluyendo la unanimidad como regla general de adopción de decisiones y su compatibilidad con las obligaciones derivadas de la pertenencia de algunos estados a la OTAN. Dicha política giraría básicamente alrededor de dos aspectos: la actualización de las misiones de Petersberg en relación con lo previsto en el antiguo TUE, y la creación de nuevos instrumentos e instituciones para desarrollar progresivamente esa defensa común.

---

<sup>897</sup> Destaca la posibilidad de que el Consejo se pronuncie por mayoría cualificada en relación con acciones o posiciones derivadas de propuestas presentadas por el Alto Representante en respuesta a una petición del Consejo Europeo; de todas formas, se conserva el inciso (también presente en el Tratado Constitucional) por el que si un miembro del Consejo alega motivos vitales y explícitos de política nacional, no se procedería a la votación, algo que desvirtúa el alcance real de la mayoría cualificada incluso en los pocos campos donde se permitiría.

<sup>898</sup> Este precepto reproduce el art. 41 TC; no obstante, el último apartado del art. I-41 TC que hacía referencia a la consulta periódica al Parlamento Europeo sobre los aspectos fundamentales de la PESD es omitido por el TUE.

<sup>899</sup> Los arts. 43-46 TUE trasladan lo dispuesto en los arts. III-309 a III-312 TC. Por ello se da la paradoja de que en el campo concreto de la Política Común de Seguridad y Defensa la redacción emanada de Lisboa agrupa en el TUE todas sus disposiciones (con la excepción de la cláusula de solidaridad del art. 222 TFUE) que en el Tratado Constitucional se dividían entre la Parte I y la Parte III.

En el primer caso, la lectura conjunta de los arts. 42.1 y 43.1 TUE posibilita la ampliación de las misiones de Petersberg<sup>900</sup> respecto a la capacidad de operaciones preventivas en la fase previa o posterior al conflicto y la introducción de la lucha contra el terrorismo<sup>901</sup>, incluyendo la posibilidad de encomendar únicamente a un grupo de estados la realización de dichas misiones<sup>902</sup>.

En el segundo caso, probablemente de mayor calado político, Lisboa asume instrumentos creados por el Tratado Constitucional: la Agencia Europea de Defensa<sup>903</sup>, la cooperación estructurada permanente de aquellos estados que cumplan criterios más elevados de capacidades militares<sup>904</sup>, la cláusula de asistencia mutua<sup>905</sup> o la cláusula de

<sup>900</sup> El art. 17.2 TUEa disponía que “las cuestiones a que se refiere el presente artículo incluirán misiones humanitarias y de rescate, misiones de mantenimiento de la paz y misiones en las que intervengan fuerzas de combate para la gestión de crisis, incluidas las misiones de restablecimiento de la paz”. Estas misiones, conocidas como *Tareas de Petersberg*, se pusieron en marcha en 2003, siendo unas de naturaleza civil, otras de carácter militar y algunas con una naturaleza mixta (civil y militar), *vid.* ALDECOA LUZÁRRAGA, Francisco - GUINEA LLORENTE, Mercedes: *La Europa que viene...*, p. 232.

<sup>901</sup> *Vid. ibidem*. Los mismos autores apuntan que, pese a todo “se ha excluido, en cualquier caso, que la Unión pueda desarrollar operaciones de imposición de la paz”, *ibidem*.

<sup>902</sup> *Vid.* arts. 42.5 y 44 TUE.

<sup>903</sup> *Vid.* arts. 42. 3 y 45 TUE. Esta Agencia, dependiente del Alto Representante, estaría integrada por los veintisiete estados miembros e incluso algún país no miembro de la UE mostró interés en formar parte de la misma, *vid.* ALDECOA LUZÁRRAGA, Francisco - GUINEA LLORENTE, Mercedes: *La Europa que viene...*, p. 235.

<sup>904</sup> Esta cooperación estructurada permanente se regula en los arts. 42.6 y 46 TUE y en el *Protocolo n° 10* anexo al Tratado de Lisboa, el cual recoge los criterios en materia de capacidades, los compromisos que los participantes han de asumir y el procedimiento para incorporarse a dicha cooperación; la Agencia Europea de Defensa evaluaría el cumplimiento de dichos compromisos. En relación con los criterios objetivos para ser parte, los profesores Aldecoa y Guinea consideran que existe consenso general en que “son muy amplios, nada exigentes, que pueden participar cualquiera de los Estados miembros y sólo los que quieran quedarse fuera lo harán”, posibilitando que aquellos países más reacios como Dinamarca, o los tradicionalmente neutrales como Irlanda, no impidan avanzar al resto en esta cooperación, *ibidem*, p. 239.

<sup>905</sup> *Vid.* art. 42.7 TUE que dispone que “si un Estado miembro es objeto de una agresión armada en su territorio, los demás Estados miembros le deberán ayuda y asistencia con todos los medios a su alcance, de conformidad con el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas”, incorporando también el doble inciso que preveía el Tratado Constitucional relativo a que este precepto se entenderá sin perjuicio del carácter específico de la política de seguridad y defensa de determinados estados y de los compromisos que tengan aquéllos que sean miembros de la OTAN. En cierto sentido, como inciden los profesores Aldecoa y Guinea, podría decirse que esta previsión es heredera de la cláusula de defensa mutua dispuesta para los miembros de la OTAN, si bien la previsión contenida en el TUE es más amplia, ya que prevé la obligación de prestar instrumentos civiles y militares, tiene carácter automático y afectaría a los territorios no europeos de los estados miembros, por lo que se convierte en “una obligación jurídica para los Estados miembros que formaliza la solidaridad política de fondo”, *ibidem*, p. 237. No obstante, tanto la interpretación de la cláusula de asistencia mutua como la de solidaridad “no ha sido absolutamente pacífica en estos años, sobre todo por lo que se refiere al alcance preciso de las obligaciones que contemplan a cargo de los Estados miembros”, GONZÁLEZ ALONSO, Luis: “¿Quién dijo que desaparecen los pilares? La configuración jurídica de la acción exterior de la Unión Europea en el Tratado de Lisboa?”, en Martín y Pérez de Nanclares (coordinador), *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional*, Madrid, Iustel, 2008, p. 402.



solidaridad cuya regulación, a nuestro juicio de forma sorprendente, se remite al art. 222 TFUE.

Finalmente, fuera de este Título V del TUE, el art. 352 TFUE relativo a la cláusula de flexibilidad o de imprevisión competencial, sobre la que volveremos en el Capítulo Cuarto de este trabajo, excluye expresamente en su apartado cuarto la utilización de este precepto en el ámbito de la PESC, lo que representa a su vez una novedad respecto al frustrado Tratado Constitucional que no incluía dicha prohibición<sup>906</sup>.

Concluimos este Título V del Tratado de la Unión Europea, estando de acuerdo con las manifestaciones que consideran que donde está situado “constituye una anomalía, en la medida en que contiene disposiciones específicas y regula todo lo relativo a la PESC, no llevándose este desarrollo al TFUE”<sup>907</sup>, lo que queda de manifiesto con un articulado que supone casi la mitad del total de disposiciones del Tratado de la Unión Europea. Anomalía que puede explicarse por dos razones que en el fondo son compatibles: el deseo de mantener la organización y estructura del TUE anterior al Tratado de Lisboa, y subrayar las peculiaridades y especificidades de la propia PESC que, a pesar de la desaparición de la estructura de pilares, todavía conserva un marcado carácter intergubernamental<sup>908</sup>, como demostraría el hecho de que la unanimidad sería la regla general de toma de decisiones en este ámbito, al tiempo que se excluyen del mismo la adopción de actos legislativos. De hecho hay quienes opinan que el Tratado de Lisboa ha servido a los estados miembros en el ámbito de la PESC como coartada “para tratar de reforzar la especificidad de esta política mediante la incorporación a los nuevos Tratados de elementos tendentes a blindar su naturaleza

---

<sup>906</sup> En esta adición efectuada por el Tratado de Lisboa tuvo su influencia “la polémica suscitada por el Tribunal de Primera Instancia con sus pronunciamientos en los asuntos *Yusuf* y *Kadi*, al avalar el recurso a esta cláusula de flexibilidad competencial (art. 308 TCE) como fundamento jurídico complementario de los artículos 60 y 301 del TCE para la imposición de sanciones económicas a personas físicas o jurídicas establecidas en la Unión y supuestamente implicadas en las redes de financiación del terrorismo internacional”, *ibidem*, p. 401.

<sup>907</sup> ALDECOA LUZÁRRAGA, Francisco - GUINEA LLORENTE, Mercedes: *La Europa que viene...*, p. 69.

<sup>908</sup> *Vid. ibidem*. No obstante, los profesores Aldecoa y Guinea consideran que “aunque tengamos esta excepción al método comunitario, la separación real va a resultar mucho más atenuada al preverse un marco institucional único que dirigirá y aplicará el conjunto de la política exterior, sea intergubernamental o comunitaria”, pasándose del antiguo templo griego con tres pilares al árbol con dos ramas, p. 213.

intergubernamental de cara al futuro”<sup>909</sup>, lo que quedaría de manifiesto a través de cláusulas como la prevista en el art. 4.2 TUE o en el art. 352.4 TFUE.

## 7. Título VI: Disposiciones finales

El Título VI del Tratado de la Unión Europea (arts. 47-55), en la versión emanada de Lisboa, recoge diversas disposiciones, fundamentalmente de carácter procedimental aunque, como veremos, dotadas también de una fuerte carga política.

Dicho Título es heredero de la Parte IV del Tratado Constitucional<sup>910</sup> y del Título VIII del Tratado de la Unión Europea anterior a Lisboa. Asimismo, introduce novedosas disposiciones respecto a los Tratados hasta entonces vigentes (la personalidad jurídica o el derecho de retirada) que el Tratado Constitucional había ubicado en otros lugares y que ahora se sistematizan aquí, al tiempo que se incorpora el Título IX de la Parte I del texto constitucional en lo relativo a los requisitos de pertenencia y procedimiento de adhesión, y al derecho de retirada de la Unión.

De esta forma, el art. 47 TUE dispone que “la Unión tiene personalidad jurídica”, trayendo a colación de forma literal lo dispuesto en el art. I-7 del Tratado Constitucional, lo que en sí mismo era una novedad respecto al modelo vigente y contribuye a terminar con la estructura de pilares, como ya expusimos en su momento<sup>911</sup>. Conviene hacer mención que en la *Declaración n° 24* anexa al Tratado de Lisboa, relativa a la personalidad jurídica de la Unión, se dispone que “la Conferencia confirma que el hecho de que la Unión Europea tenga personalidad jurídica no autorizará en modo alguno a la Unión a legislar o actuar más allá de las competencias que los Estados miembros le han atribuido en los Tratados”, lo que habría de entenderse en el contexto, como en otros casos, de facilitar la ratificación del Tratado.

<sup>909</sup> GONZÁLEZ ALONSO, Luis: “¿Quién dijo que desaparecen...”, pp. 399-403.

<sup>910</sup> Por razones obvias, el Tratado de Lisboa no incluye los arts. IV-437 y IV-438 del Tratado Constitucional, relativos respectivamente a la derogación de los Tratados anteriores y a la sucesión y continuidad jurídica, ya que, como expusimos, Lisboa modifica los Tratados anteriormente vigentes (el TUE y el TCE al que cambia de denominación por TFUE) pero no los deroga como hacía el frustrado Tratado Constitucional.

<sup>911</sup> Para la génesis y alcance de este art. 47 TUE, *vid.* SOBRINO HEREDIA, José Manuel: “La personalidad jurídica de la Unión Europea”, en Martín y Pérez de Nanclares (coordinador), *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional*, Madrid, Iustel, 2008, pp. 333-348.

El art. 48 TUE recoge el sistema de revisión de los Tratados, manteniendo la numeración del precepto hasta entonces vigente, aunque introduciendo importantes cambios que en esencia reproducen el esquema dispuesto por el Tratado Constitucional en tres preceptos sucesivos (arts. IV-443, IV-444 y IV-445) reconducidos por Lisboa a un único precepto<sup>912</sup>.

En primer lugar, se recoge el denominado procedimiento de revisión ordinario<sup>913</sup> en los arts. 48.2, 48.3, 48.4 y 48.5 TUE que, a su vez, traslada el art. IV-443 del Tratado Constitucional.

Así, la iniciativa de reforma podría partir del gobierno de cualquier Estado miembro, de la Comisión y del Parlamento Europeo (novedad aportada por el Tratado Constitucional) a través de proyectos de reforma que “podrán tener por finalidad, entre otras cosas, la de aumentar o reducir las competencias atribuidas a la Unión en los Tratados”<sup>914</sup>, siendo dichos proyectos remitidos al Consejo Europeo y notificados a los Parlamentos Nacionales (art. 48.2).

A continuación el Consejo Europeo decidirá por mayoría simple y previa consulta al Parlamento Europeo y a la Comisión, si adopta una decisión favorable al examen de las modificaciones propuestas. En caso de que así se decida, el Presidente del Consejo Europeo convocará una Convención previa a la futura Conferencia Intergubernamental de la que sólo se podría prescindir por una decisión del Consejo Europeo por mayoría simple que contara con la previa aprobación del Parlamento Europeo cuando la importancia de las modificaciones no justifique la necesidad de una Convención (art. 48.3 TUE). Ello supone que el Parlamento Europeo “se convierte en actor pleno de la política constitucional, en la medida en que de él depende la no convocatoria de la Convención”<sup>915</sup>.

---

<sup>912</sup> En este sentido, el apartado primero del nuevo art. 48 TUE prevé que “los Tratados podrán modificarse con arreglo a un procedimiento de revisión ordinario. También podrán modificarse con arreglo a procedimientos de revisión simplificados”.

<sup>913</sup> Este procedimiento ordinario se prevé tanto para la revisión del Tratado de la Unión Europea, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, y del todavía vigente Tratado de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, *vid.* ALDECOA LUZÁRRAGA, Francisco - GUINEA LLORENTE, Mercedes: *La Europa que viene...*, p. 249.

<sup>914</sup> Este inciso sería incluido por Lisboa y, en nuestra opinión, no es precisamente afortunado, tal como explicaremos en el Capítulo relativo al sistema competencial.

<sup>915</sup> De igual manera, los Parlamentos Nacionales ven reforzado su papel en el proceso de reforma, al ser “actores «ex ante», si se convoca una Convención, y «ex post» en todo caso, a través de la necesidad de

Finalmente, se convocaría una CIG y, una vez aprobadas las modificaciones de común acuerdo en su seno, se mantiene el principio general de ratificación unánime por todos los estados de conformidad con sus respectivas normas constitucionales a efectos de su entrada en vigor (art. 48.4 TUE) si bien, en este último estadio sigue sin ser necesaria la ratificación por parte del Parlamento Europeo<sup>916</sup>.

Además, el art. 48.5 TUE recoge la novedosa cláusula introducida en el apartado cuarto del art. IV-443 TC, conforme a la cual “si, transcurrido un plazo de dos años desde la firma de un tratado modificativo de los Tratados, las cuatro quintas partes de los Estados miembros lo han ratificado y uno o varios Estados miembros han encontrado dificultades para proceder a dicha ratificación, el Consejo Europeo examinará la cuestión”; cláusula que, como hemos visto, estaba destinada a evitar potenciales parálisis derivadas del proceso de ratificación pero que se demostró ambigua e insuficiente a la vista de lo ocurrido después de los *referenda* francés y holandés.

Por su parte, los procedimientos de revisión simplificados se recogen en los arts. 48.6 y 48. 7 TUE.

El art. 48.6 (antiguo art. IV-445 TC) prevé un procedimiento simplificado respecto de la Parte III del TFUE relativa a las políticas y acciones internas de la Unión: el Consejo Europeo, a propuesta de cualquier Estado miembro, el Parlamento Europeo o la Comisión, podría modificar cualquier disposición de esta parte por unanimidad<sup>917</sup>, con el único límite de que “no podrá aumentar las competencias atribuidas a la Unión por los Tratados”; dichos cambios sólo entrarían en vigor cuando fueran ratificados por los estados miembros de acuerdo a sus respectivas normas constitucionales. De este modo, se crea un “procedimiento semiautónomo de revisión”<sup>918</sup> que permitiría “la revisión más flexible de la Parte III del TFUE,

---

ratificación nacional”, ALDECOA LUZÁRRAGA, Francisco - GUINEA LLORENTE, Mercedes: *La Europa que viene...*, p. 250.

<sup>916</sup> Lo que supone una paradoja, ya que el Parlamento Europeo “con el Tratado de Lisboa tiene poder de iniciativa en la revisión de los Tratados y es actor de la Convención, sin embargo, no hace falta su ratificación para la entrada en vigor del texto”, *ibidem*, p. 256.

<sup>917</sup> Sería necesaria la consulta previa al Parlamento Europeo y a la Comisión, así como al Banco Central si los cambios afectaran al ámbito monetario, pero no su aprobación.

<sup>918</sup> Procedimiento similar al que se recogía puntualmente en el antiguo TCE respecto a ámbitos como la ampliación de derechos pertenecientes a la ciudadanía europea o la definición de una política de defensa

estableciendo una diferenciación de hecho de ésta respecto a las otras Partes, que sólo se pueden revisar a través del procedimiento general de Convención+CIG, o CIG sola”<sup>919</sup>.

La importancia de haber incluido este procedimiento de revisión simplificado previsto en el art. 48.6 TUE queda de manifiesto al haber sido la vía elegida para efectuar la primera reforma del Tratado de Lisboa, a través de la *Decisión del Consejo Europeo de 25 de marzo de 2011 que modifica el artículo 136 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en relación con un mecanismo de estabilidad para los Estados miembros cuya moneda es el euro*; reforma necesaria para establecer un mecanismo permanente con el objeto de salvaguardar la estabilidad financiera de la zona del euro en su conjunto, pero que demuestra que es posible modificar aspectos de gran calado que entran en el núcleo de las competencias de los estados (la regulación de la economía) de forma poco transparente y sin la convocatoria de una Convención.

El art. 48.7 (antiguo art. IV-444 TC) recoge las denominadas pasarelas, cláusulas que, como vimos en el Tratado Constitucional, permiten modificar el modo de decisión del Consejo o el procedimiento legislativo a utilizar. Así, en los ámbitos del TFUE o del Título V del TUE (Acción Exterior de la Unión y PESC) que dispongan que un acto haya de ser adoptado por unanimidad del Consejo, el Consejo Europeo podrá permitir por unanimidad que el Consejo se pronuncie por mayoría cualificada, previo consentimiento del Parlamento Europeo por mayoría de sus miembros, si bien se excluyen expresamente de esta vía las decisiones que tengan repercusiones militares o en el ámbito de la defensa; el mismo procedimiento podría ser empleado para pasar de los procedimientos legislativos especiales al procedimiento legislativo ordinario.

En los dos casos previstos por el art. 48.7 TUE es necesario transmitir dichas iniciativas a los Parlamentos Nacionales que tienen a su vez un plazo de seis meses para decidir si se oponen o no y, en caso de que no lo hagan, el Consejo Europeo podrá adoptar la citada decisión<sup>920</sup>. Además, el art. 353 TFUE establece una serie de

---

común, *vid.* ALDECOA LUZÁRRAGA, Francisco - GUINEA LLORENTE, Mercedes: *La Europa que viene...*, p. 253.

<sup>919</sup> *Ibidem*.

<sup>920</sup> En este sentido compartimos la opinión de los profesores Aldecoa y Guinea que consideran adecuado asociar con poder de decisión a los Parlamentos Nacionales en este procedimiento de revisión

exclusiones expresas de estas pasarelas, de forma que el art. 48.7 TUE no se aplicaría en dichos ámbitos<sup>921</sup> ni tampoco en aquellos ámbitos donde existiese una pasarela especial, como en lo relativo a las formas de decisión en el seno de la PESC, la aprobación del reglamento sobre el marco financiero plurianual o las cooperaciones reforzadas<sup>922</sup>.

Estas modificaciones flexibilizan la reforma de la Parte III del TFUE que, por sus características, debe ser la más dinámica para adaptarse a las nuevas realidades, como demuestra el establecimiento del mecanismo de estabilidad que exigió una reforma ágil del Tratado de Lisboa. No obstante, también en los procedimientos simplificados la unanimidad continúa siendo la nota preponderante, frente a otras propuestas ya expuestas que preveían mayorías cualificadas o supercualificadas. Por ello, aunque consideramos positiva la inclusión de procedimientos simplificados de revisión, creemos que aún no se ha avanzado lo suficiente, ya que la exigencia de unanimidad en la fase de ratificación en una Unión Europea de veintisiete estados (y en el futuro con más miembros) supone hacer muy complicadas las nuevas reformas.

En otro orden de cosas, este Título VI del Tratado de la Unión Europea establece en su art. 49 las condiciones de acceso y el procedimiento de solicitud para que un Estado solicite la adhesión a la Unión, trasladando lo dispuesto en el art. I-58 TC<sup>923</sup> que no diferían de lo dispuesto en el correlativo art. 49 TUE anterior a Lisboa.

El art. 50 TUE recoge la polémica posibilidad de ejercitar el derecho de retirada de la Unión, no previsto hasta entonces en los Tratados e incorporado en el art. I-60 del

---

simplificado, si bien parece “excesivo teniendo en cuenta el número de miembros de la Unión dejar en manos de un solo Parlamento Nacional la posibilidad de bloquear el conjunto de la reforma”, habiendo sido “más lógico seguir normas parecidas a las del procedimiento de control de subsidiariedad y parar la revisión en el momento en que hubiera sido vetada por un tercio, por ejemplo, de Parlamentos Nacionales”, *ibidem*, p. 254.

<sup>921</sup> Serían los arts. 311, párrafos tercero y cuarto sobre el sistema de recursos propios de la Unión, 312.2, párrafo primero relativo al marco financiero plurianual, 352 sobre la cláusula de flexibilidad, y 354 relativo a la suspensión de determinados derechos a los estados miembros de la Unión, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

<sup>922</sup> *Vid.* arts. 31.3 TUE, 312.2 párrafo segundo TFUE y 333 TFUE, respectivamente. Estas pasarelas especiales “frente a la general, constituyen un procedimiento mucho más simple y, en este caso, verdaderamente eficaz en la medida en que no se prevé ningún poder de bloqueo en manos de los Parlamentos Nacionales”, ALDECOA LUZÁRRAGA, Francisco - GUINEA LLORENTE, Mercedes: *La Europa que viene...*, p. 255.

<sup>923</sup> Lo que varía en esta disposición es la división en dos apartados que hacía el Tratado Constitucional; también se hacen pequeños ajustes de técnica jurídica en la redacción.

frustrado Tratado Constitucional, cuyos principios conserva Lisboa en su totalidad. De esta forma, el art. 50 mantiene el procedimiento relativo a la forma de la retirada (mayoría cualificada reforzada del Consejo y aprobación del Parlamento Europeo), si bien la retirada en sí sería decisión unilateral del Estado en cuestión. La finalidad de esta cláusula iría más allá del reconocimiento del papel fundamental de los estados en la Unión Europea, ya que podría actuar como una garantía en manos de aquéllos para evitar quedar implicados por un grado de integración no deseado, aunque pierde parte de su efectividad “si no se ve compensado con una reforma del sistema de revisión de los Tratados encaminada a sustituir la unanimidad de su vigencia por un sistema articulado en torno a mayorías”<sup>924</sup>.

Ahora bien, aunque el Tratado de Lisboa (como la Convención y el Tratado Constitucional anteriormente) recoja esta posibilidad desde un punto de vista teórico, su ejercicio práctico plantearía no pocos problemas, ya que las características propias de la Unión a efectos de estructuras políticas, económicas o sociales, vienen a suponer que una potencial “retirada de la Unión no hace posible la vuelta al «statu quo» de antes de la adhesión a la misma, ni aunque ésta sea muy reciente”<sup>925</sup>, lo que podía implicar “de hecho una salida de los órganos políticos y de decisión pero el mantenimiento de la integración alcanzada”<sup>926</sup> a través de un marco futuro que “podría parecerse al que goza en la actualidad el Espacio Económico Europeo, donde existe integración económica pero separación política”<sup>927</sup>.

El art. 51 TUE dispone que “los Protocolos y Anexos de los Tratados forman parte integrante de los mismos”, trasladando de modo literal la previsión contenida en el art. IV-442 del Tratado Constitucional; por su parte, el art. 52 TUE recoge el ámbito de aplicación territorial de los mismos, remitiendo la casuística concreta relativa a la aplicabilidad (y las correspondientes singularidades) al art. 355 TFUE, a diferencia del art. IV-440 TC que regulaba en un mismo precepto tanto el marco general como las excepciones al mismo.

---

<sup>924</sup> URREA CORRES, Mariola: “La efectividad del derecho de retirada, el sistema de reforma y las cooperaciones reforzadas”, en Martín y Pérez de Nanclares (coordinador), *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional*, Madrid, Iustel, 2008, p. 698.

<sup>925</sup> ALDECOA LUZÁRRAGA, Francisco - GUINEA LLORENTE, Mercedes: *La Europa que viene...*, p. 127.

<sup>926</sup> *Ibidem*.

<sup>927</sup> *Ibidem*.

El art. 53 TUE, que traslada la mención del art. IV-446 TC, establece la duración ilimitada del Tratado Constitucional, recogiendo la fórmula genérica ya prevista en la Convención y en los Tratados constitutivos<sup>928</sup>, con la excepción reseñada del expirado Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero.

Por lo que se refiere al art. 54 TUE, traslada lo dispuesto en el art. 52 del antiguo TUE respecto de los mecanismos de ratificación y entrada en vigor del Tratado, manteniendo la ratificación unánime y, al no existir derogación de los Tratados anteriores, conserva un confuso segundo apartado por el que se dispone su entrada en vigor el 1 de enero de 1993<sup>929</sup>, tal como constaba en el momento de la redacción originaria del Tratado de la Unión Europea en Maastricht.

Por último, el art. 55 TUE establece en su apartado primero<sup>930</sup> las lenguas de redacción del Tratado que tendrán la consideración de textos “auténticos”<sup>931</sup> y su lugar de depósito (los archivos del gobierno italiano). Este art. 55 añade un segundo apartado, que en su momento se había incorporado *in extremis* al Tratado Constitucional<sup>932</sup>, permitiendo la traducción del Tratado a cualquier otra lengua “que determinen los Estados miembros entre aquellas que, de conformidad con sus ordenamientos constitucionales, tengan estatuto de lengua oficial en la totalidad o en parte de su territorio”, para lo cual el “Estado miembro de que se trate facilitará una copia certificada de estas traducciones, que se depositarán en los archivos del Consejo”<sup>933</sup>.

<sup>928</sup> Vid. arts. 51 TUEa y 312 TCE.

<sup>929</sup> Así, el art. 54.2 TUE prevé que “el presente Tratado entrará en vigor el 1 de enero de 1993, siempre que se hayan depositado todos los instrumentos de ratificación o, en su defecto, el primer día del mes siguiente al depósito del instrumento de ratificación del último Estado signatario que cumpla dicha formalidad”. El art. IV-447 TC recogía el mismo procedimiento de ratificación, si bien, como el Tratado Constitucional derogaba a los Tratados anteriores, se preveía explícitamente como fecha de referencia para su entrada en vigor el 1 de noviembre de 2006.

<sup>930</sup> Vid. art. 53 TUEa.

<sup>931</sup> Serían veintitrés las previstas por el Tratado de Lisboa, dos más de las reflejadas en su correlativo art. IV-448.1 TC, ya que entre la aprobación del Tratado Constitucional y la del Tratado de Lisboa se culminó la adhesión a la Unión de Bulgaria y Rumanía el 1 de enero de 2007.

<sup>932</sup> Vid. art. IV-448.2 TC.

<sup>933</sup> El art. 55.2 TUE iría acompañado de la *Declaración n° 16* anexa al Tratado de Lisboa que reproducía la *Declaración relativa al apartado 2 del artículo IV-448* (CIG 87/04 ADD 2 REV 2) a la que nos referimos en el Capítulo Segundo.



## B. El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

Veremos ahora sintéticamente las principales características del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, teniendo en cuenta que muchos de sus preceptos ya han sido estudiados (o lo serán, como en el caso de las competencias) en otros epígrafes de esta tesis doctoral.

Lo primero que hay que tener en cuenta, al referirnos al TFUE es que, al menos formalmente, estamos ante el antiguo Tratado de la Comunidad Europea cambiado de denominación por el art. 2 del Tratado de Lisboa<sup>934</sup>. Ahora bien, la propia configuración del TFUE de esta manera no deja de ser otra manifestación del velo creado por Lisboa, ya que en realidad estamos “ante la mayor reforma que sufre en su historia”<sup>935</sup> que se ha tratado de atenuar en el ámbito formal, de modo que “la lógica de evitar que parezca una gran reforma ha llevado a que se presente como una modificación del TCE y no se optara por derogar este Tratado y aprobar uno nuevo”<sup>936</sup>.

La orientación del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea está destinada a desarrollar el Tratado de la Unión Europea. Su estructura se divide en siete Partes, 358 artículos y está precedida de su propio Preámbulo<sup>937</sup>, lo que supone una configuración remozada en relación con el antiguo Tratado de la Comunidad Europea.

La Primera Parte tiene una especial relevancia pues se refiere a los *Principios*. En este sentido, el art. 1 TFUE recoge por un lado, el sentido del TFUE por el que “organiza el funcionamiento de la Unión y determina los ámbitos, la delimitación y las condiciones de ejercicio de sus competencias” (art. 1.1), mientras que por otro, rechaza establecer una relación de jerarquía entre el TUE y el TFUE: ambos fundamentan a la

---

<sup>934</sup> Este art. 2 del Tratado de Lisboa (versión sin consolidar publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea C 306 de 17 de diciembre de 2007) recoge que “El Tratado constitutivo de la Comunidad Europea queda modificado de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo”, y a continuación dispone que “El título del Tratado se sustituye por: «Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea»”.

<sup>935</sup> ALDECOA LUZÁRRAGA, Francisco - GUINEA LLORENTE, Mercedes: *La Europa que viene...*, p. 70.

<sup>936</sup> *Ibidem*.

<sup>937</sup> Por tanto, existen dos Preámbulos, el del TUE y el del TFUE, rompiendo con la idea de un texto único que pretendía el Tratado Constitucional, si bien en éste la Carta de los Derechos Fundamentales también mantenía su propio Preámbulo. Por otro lado, es cierto que el Preámbulo del TFUE queda un poco anticuado, ya que se redactó sobre la perspectiva económica y comercial de los años cincuenta del pasado siglo, aunque hay que reconocerle que ya incluía una fórmula de integración (resueltos a sentar las bases de una Unión más estrecha entre los pueblos europeos) que ni el Tratado Constitucional pudo incluir ante el rechazo británico, *ibidem*.

Unión y ambos tienen el mismo valor jurídico (art. 1.2 TFUE que reitera lo también dispuesto en el art. 1 TUE). La diferencia vendría dada, por tanto, porque el Tratado de la Unión Europea se centraría en los aspectos nucleares, mientras que el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea desarrollaría los preceptos esbozados en el TUE, concretando el funcionamiento de la Unión<sup>938</sup>.

Esta Primera Parte se divide, a su vez, en dos Títulos: el relativo a las categorías y ámbitos de competencias de la Unión sobre el que nos detendremos en el Capítulo Cuarto; y las disposiciones de aplicación general, que recogen cláusulas de aplicación transversal en las políticas y acciones de la Unión. Entre estas disposiciones generales destaca el art. 7 TFUE, concebido como una nueva explicitación del principio de atribución que impregna el conjunto de políticas y acciones de la Unión, y tres preceptos de calado trasladados del Título VI del Tratado Constitucional y que, con el velo tan característico de Lisboa, no se introdujeron en el Título II sobre los principios democráticos previsto en el TUE: el principio de transparencia de los trabajos de las instituciones, órganos y organismos de la Unión, así como el derecho a acceder a los documentos emanados de los mismos (art. 15 TFUE)<sup>939</sup>, el derecho a la protección de datos de carácter personal (art. 16 TFUE) y el respeto al estatuto reconocido por los estados miembros a las iglesias, asociaciones o comunidades religiosas (art. 17 TFUE).

La Segunda Parte lleva por rúbrica la *No discriminación y ciudadanía de la Unión*, recogiendo el art. I-10 TC dedicado a la ciudadanía y el Título II de la Parte III del Tratado Constitucional. De esta manera, podemos encontrar por un lado, una serie de prohibiciones relativas a la no discriminación por razón de nacionalidad, sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, acompañadas de las correlativas medidas para luchar contra ellas<sup>940</sup>; y por otro, el estatuto y los derechos derivados de la ciudadanía de la Unión, entre los que se destacan

<sup>938</sup> Con la excepción de la PESC, cuya regulación sigue estando en el TUE, como ya venía sucediendo anteriormente a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa.

<sup>939</sup> A estos efectos, no se puede olvidar la relación que se establece con el art. 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y con el “Código Europeo de Buena Conducta Administrativa para el personal de la Comisión Europea en sus relaciones con el público”, *vid.* SÁNZ LARRUGA, Francisco Javier: “El ordenamiento europeo, el derecho administrativo español y el derecho a una buena administración”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 13, (2009), pp. 734-736.

<sup>940</sup> *Vid.* arts. 18 y 19 TFUE; es oportuno destacar que en el campo de las acciones que pudiera adoptar la Unión frente a estas discriminaciones se mantienen, a nuestro juicio, demasiadas singularidades en cuanto al procedimiento legislativo a emplear, siendo incluso necesaria la unanimidad del Consejo.

el de libre circulación y residencia, el de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo y municipales del Estado en el que residan, el de acogerse en un tercer Estado a la protección diplomática y consular de cualquier Estado miembro de la Unión, y el de formular peticiones al Parlamento Europeo, recurrir al Defensor del Pueblo Europeo y dirigirse a las instituciones y órganos consultivos de la Unión en cualquiera de las lenguas de los Tratados y recibir contestación en la misma que se haya empleado<sup>941</sup>.

La Tercera Parte recoge las *Políticas y acciones internas de la Unión*, dividida en veinticuatro Títulos que contienen las bases jurídicas que permiten actuar a la Unión y suponen con creces la parte más larga del TFUE y la de mayor similitud con el TCE, siendo escasos los cambios sustantivos respecto a la situación anterior, con la excepción de la comunitarización del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, al que, por consiguiente, le dedicaremos las próximas líneas<sup>942</sup>.

En este sentido, lo primero que hay que tener presente es la situación vigente en los Tratados previa a Lisboa: el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, tras las reformas introducidas por el Tratado de Ámsterdam, estaba parcialmente comunitarizado en el Título IV de la Tercera Parte del Tratado de la Comunidad Europea<sup>943</sup>, pero una parte sustancial de dicho espacio, el relativo a la Cooperación Policial y Judicial en Materia Penal, se integraba en el Título VI del Tratado de la Unión Europea, constituyendo el tercer pilar de la Unión con una naturaleza intergubernamental y no comunitaria.

El Tratado de Lisboa, trasladando de forma prácticamente literal lo dispuesto por el Tratado Constitucional, comunitarizará la Cooperación Policial y Judicial en Materia Penal, sacándola del ámbito del TUE e incorporándola en su totalidad al Título V de la

---

<sup>941</sup> Vid. art. 20 TFUE; cada uno de los derechos que enuncia este precepto se desarrollarán en los artículos siguientes de forma correlativa, vid. arts. 21-24 TFUE.

<sup>942</sup> Vid. en general DEL VALLE GÁLVEZ, Alejandro: “Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia y Tratado de Lisboa”, en Martín y Pérez de Nanclares (coordinador), *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional* (coordinador), Madrid, Iustel, 2008, pp. 417-435, o CARRERA, Sergio - GEYER, Florian: “El Tratado de Lisboa y un Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia: Excepcionalismo y fragmentación en la Unión Europea”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 9, (2008), pp. 133-162.

<sup>943</sup> Como ya hemos visto, el Tratado de Ámsterdam comunitarizó materias como el cruce de fronteras exteriores, asilo o inmigración.

Tercera Parte del TFUE (arts. 67-89)<sup>944</sup>. Esta comunitarización se traduce, en síntesis, en que la toma de decisiones se hará por mayoría cualificada como regla general<sup>945</sup> y tomando como base el procedimiento legislativo ordinario (con la consiguiente relevancia del Parlamento Europeo), dejando de ser un ámbito de cooperación intergubernamental para darse una verdadera cesión de competencias como muestra su incorporación al art. 4.2 j) TFUE dentro de la categoría de las competencias compartidas. Al mismo tiempo, como ya expusimos en el Capítulo Segundo, esta comunitarización elimina la imposibilidad de control que tenía el Tribunal de Justicia, aunque todavía se mantiene algún fleco fuera de la competencia de dicho Tribunal<sup>946</sup>.

No obstante, a pesar de que “el Tercer Pilar desaparece de verdad, no es ni siquiera un pilar sumergido”<sup>947</sup>, sigue otorgando a los estados una posición preeminente y mayor de la que tienen en otras políticas, fruto de la especial naturaleza de este ámbito. Así, se mantiene la capacidad de iniciativa legislativa por parte de los estados<sup>948</sup>, que deben ser una cuarta parte del total de los componentes de la Unión, tanto en la CPJMP como en la cooperación administrativa (art. 76 TFUE), a la par que se reconoce explícitamente el papel de los Parlamentos Nacionales respecto de la evaluación de las políticas adoptadas en este ámbito, en especial en lo relativo a Europol y a Eurojust. Además, se prevé la figura del denominado freno de emergencia en los

<sup>944</sup> Dentro de este seguimiento que Lisboa hace del Tratado Constitucional hay alguna variación. La más destacada sería la ausencia del art. I-42 TC que exponía los rasgos fundamentales de este ámbito y le daba visibilidad al situarlo en la Parte I con una naturaleza política; este precepto no fue incorporado por Lisboa al TUE, si bien todos los caracteres que exponía se encuentran recogidos en las diferentes disposiciones de este Título V dentro del TFUE. Por otro lado, la estructura presente en este Título V se divide en cinco capítulos (disposiciones generales; políticas sobre controles en las fronteras, asilo e inmigración; cooperación judicial en materia civil; cooperación judicial en materia penal; y cooperación policial) que en el frustrado Tratado Constitucional constituían cinco secciones, al insertarse el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en un capítulo (y no en un Título) fruto de que el Tratado Constitucional era un documento único.

<sup>945</sup> Con todo, seguirían existiendo ámbitos vedados a la mayoría cualificada donde las decisiones tendrían que adoptarse por unanimidad, *vid.* arts. 77.3, 79.5, 81.3, 87.3 y 89 TFUE.

<sup>946</sup> En este sentido el art. 276 prevé que “en el ejercicio de sus atribuciones respecto de las disposiciones de los Capítulos 4 y 5 del Título V de la Tercera Parte relativas al Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no será competente para comprobar la validez o proporcionalidad de operaciones efectuadas por la policía u otros servicios con funciones coercitivas de un Estado miembro, ni para pronunciarse sobre el ejercicio de las responsabilidades que incumben a los Estados miembros respecto del mantenimiento del orden público y de la salvaguardia de la seguridad interior”.

<sup>947</sup> ALDECOA LUZÁRRAGA, Francisco - GUINEA LLORENTE, Mercedes: *La Europa que viene...*, p. 201.

<sup>948</sup> El art. 76 TFUE permite la iniciativa de los estados pero sin excluir la misma capacidad de la Comisión.

arts. 82 y 83 TFUE<sup>949</sup>, por la que si un Estado considera que una de las medidas que se pretendan adoptar en el marco de dichas disposiciones afecta a los aspectos fundamentales de su sistema penal, podrá remitir la cuestión al Consejo Europeo y se suspendería el procedimiento legislativo, si bien transcurrido un determinado plazo sin que se adopte una decisión, un mínimo de nueve estados podrían establecer entre ellos una cooperación reforzada en ese ámbito<sup>950</sup>.

Al mismo tiempo, Lisboa fortalece Eurojust con la posibilidad de crear una Fiscalía Europea (art. 86 TFUE), y se mejoran los mecanismos de cooperación policial dando mayor peso a Europol (arts. 87-88 TFUE), en la línea esbozada por el Tratado Constitucional.

Finalmente, para terminar esta esquemática visión del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, conviene recordar que el Tratado de Lisboa confirma y adapta a la situación de comunitarización de dicho espacio, las excepciones al régimen general que tenían reconocidas Reino Unido e Irlanda desde el Tratado de Ámsterdam<sup>951</sup> y Dinamarca como consecuencia del primer *referendum* negativo al Tratado de Maastricht<sup>952</sup>.

La pequeña Cuarta Parte (arts. 198-204 TFUE) relativa a la *Asociación de los países y territorios de Ultramar*, no incorpora variaciones respecto al Tratado Constitucional ni respecto a lo dispuesto por el Tratado de la Comunidad Europea.

---

<sup>949</sup> Situación que ya reflejaban los arts. III-270 y III-271 TC que son reproducidos por el Tratado de Lisboa. Estamos ante preceptos que establecen la adopción por mayoría cualificada y procedimiento legislativo ordinario de determinadas medidas en el ámbito de la cooperación judicial penal, relativas a las normas mínimas para facilitar el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales, y las relativas a las normas mínimas en la definición de las infracciones penales y las sanciones en los ámbitos delictivos de especial gravedad que a continuación se enumeran: el terrorismo, la trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños, el tráfico ilícito de drogas, el tráfico ilícito de armas, el blanqueo de capitales, la corrupción, la falsificación de medios de pago, la delincuencia informática y la delincuencia organizada.

<sup>950</sup> Por eso también se denomina “freno acelerador”, ya que en última instancia impide el bloqueo por parte del Estado que tenga reticencias, al permitir a los que apoyen la medida establecer una cooperación reforzada entre ellos, *vid.* ALDECOA LUZÁRRAGA, Francisco - GUINEA LLORENTE, Mercedes: *La Europa que viene...*, pp. 205-206.

<sup>951</sup> *Protocolo n° 21 sobre la posición de Reino Unido y de Irlanda respecto del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia*, anexo al Tratado de Lisboa. De esta manera, ambos estados tienen capacidad de elegir si aplican las medidas legislativas en este ámbito (denominadas cláusulas de *opting-in*), salvo en el caso del art. 75 TFUE que el gobierno irlandés decidió aplicar del mismo modo que el resto de miembros de la Unión.

<sup>952</sup> *Protocolo n° 22 sobre la posición de Dinamarca*, anexo al Tratado de Lisboa.

La Quinta Parte se refiere a la *Acción exterior de la Unión*, siendo la única que se inserta adicionalmente en el TFUE respecto a la estructura anterior del TCE<sup>953</sup>. Esta parte regularía “por primera vez de forma conjunta todas las disposiciones relativas a las relaciones exteriores de la Unión”<sup>954</sup> a través de siete Títulos, con la excepción ya expuesta de la PESC regulada en el TUE. Lo más relevante, por la dimensión política que supone, sería probablemente la cláusula de solidaridad prevista en el Título VII para el caso de catástrofe (natural o de origen humano) o acto terrorista, incluida en el art. 222 TFUE y que había sido una de las innovaciones del Tratado Constitucional (arts. I-43 y III-329)<sup>955</sup>, manteniéndose la unanimidad del Consejo si su ámbito de aplicación tuviera repercusiones en el ámbito de la defensa<sup>956</sup>. En definitiva, esta cláusula de solidaridad puede verse en un sentido federalista como instrumento que refuerza el carácter político de la Unión Europea, tanto porque fortalece los lazos políticos de solidaridad entre los propios estados miembros, como porque dota a la Unión de un importante instrumento para hacer frente a las nuevas amenazas internas e internacionales dentro de su naciente política de defensa<sup>957</sup>.

La Sexta Parte englobaría las *Disposiciones institucionales y financieras*. En este sentido, el Título I se centra en el apartado institucional a través de cuatro capítulos: en el primero se regulan las siete instituciones de la Unión conforme al marco previsto en el art. 13.1 TUE a través de siete correlativas secciones, de las cuales las referidas al

<sup>953</sup> De hecho, el TCE contaba con seis Partes que respondían a rúbricas similares a las que tiene el TFUE; con la incorporación ahora de esta Quinta Parte relativa a la acción exterior, se produce el consiguiente cambio de numeración de las Partes Quinta y Sexta del TCE relativas a las disposiciones institucionales y a las disposiciones generales y finales que pasan a ser respectivamente la Sexta y la Séptima Parte del TFUE.

<sup>954</sup> ALDECOA LUZÁRRAGA, Francisco - GUINEA LLORENTE, Mercedes: *La Europa que viene...*, p. 71.

<sup>955</sup> Los otros títulos hacen mención respectivamente a una cláusula general de remisión al TUE referida a los principios, objetivos y procedimiento contenidos en el Capítulo 1 del Título V del Tratado de la Unión Europea, y al resto de ámbitos vinculados a la acción exterior de la Unión, que trasladan de forma prácticamente literal las innovaciones del Tratado Constitucional: la política comercial común, que amplía su objeto al comercio de servicios y propiedad intelectual y establece el procedimiento legislativo ordinario como regla general de toma de decisiones, si bien recoge explícitamente diversas excepciones a la misma (arts. 206-207 TFUE); la cooperación internacional con terceros países y la ayuda humanitaria, con una nueva base jurídica *ad hoc* para la ayuda humanitaria (art. 214 TFUE); la regulación de las medidas restrictivas frente a terceros países o personas físicas o jurídicas en el ámbito de la PESC (art. 215 TFUE); los procedimientos de negociación y conclusión de acuerdos internacionales en los que el Parlamento Europeo asume un papel preponderante (art. 216-219 TFUE); y las relaciones con organizaciones internacionales, terceros países y delegaciones de la Unión (arts. 220-221 TFUE).

<sup>956</sup> Esta cláusula, ideada por la Convención en el contexto del *shock* posterior a los atentados del 11 de septiembre en Estados Unidos, se puso en marcha para el ámbito del terrorismo antes que el fallido Tratado Constitucional, como consecuencia de los atentados de Madrid en 2004.

<sup>957</sup> *Vid.* ALDECOA LUZÁRRAGA, Francisco - GUINEA LLORENTE, Mercedes: *La Europa que viene...*, p. 241.

Banco Central Europeo y al Tribunal de Cuentas no tendrían mención en el TUE y sólo se regularían en el TFUE; en el segundo se encuentran los actos jurídicos de la Unión y los procedimientos normativos sobre los que volveremos en el Capítulo Cuarto de esta tesis doctoral; en el tercero se desarrollan los órganos consultivos de la Unión (Comité Económico y Social y Comité de las Regiones); y en el cuarto el Banco Europeo de Inversiones. El Título II recogería las disposiciones financieras a través de seis capítulos que engloban recursos de la Unión, marco financiero plurianual, presupuesto anual, ejecución del mismo y aprobación de la gestión, disposiciones comunes y lucha contra el fraude. Finalmente, el Título III desarrollaría en detalle, como ya hemos visto, el procedimiento y requisitos para establecer las cooperaciones reforzadas, completando lo dispuesto en el Título IV del Tratado de la Unión Europea.

Para terminar, la Séptima Parte (arts. 335-358 TFUE) englobaría bajo la denominación *Disposiciones generales y finales*, preceptos heterogéneos con diferente naturaleza “siendo una especie de cajón de sastre”<sup>958</sup> no caracterizado precisamente por su coherencia y sistematicidad.

De esta manera, se trasladan disposiciones de escasa naturaleza política ya contenidas en el TCE, como la capacidad jurídica de actuación de la Unión en los estados miembros (aclarándose que será la máxima que reconocen dichos estados a las personas jurídicas), el estatuto de los funcionarios de la Unión Europea, los criterios a emplear por las diferentes instituciones europeas para obtener informaciones o realizar estadísticas, el deber de secreto profesional por parte de los funcionarios de la Unión y su régimen de responsabilidad, el régimen de las regiones ultraperiféricas entre las que se encontraría Canarias o la compatibilidad de los Tratados con la existencia y perfeccionamiento de las uniones regionales. Fruto de esa heterogeneidad, podemos encontrar también cláusulas abiertas donde el TFUE enuncia determinadas cuestiones que habrían de concretarse en un ámbito distinto al de los Tratados, como la sede de las instituciones de la Unión o su régimen lingüístico (arts. 341 y 342 TFUE).

Paralelamente existen otros preceptos sobre ámbitos cuya regulación esboza el TUE y el TFUE completa, sin poder discernir claramente, por lo menos a nuestro juicio,

---

<sup>958</sup> *Ibidem*, p. 72.

cuál sería el criterio que implica su incorporación en un sitio u otro: la cláusula que excluye en determinados supuestos la utilización de las pasarelas previstas en el procedimiento de revisión simplificado regulado en el TUE y que, sin embargo, se recoge en el TFUE (art. 353 TFUE); el procedimiento a seguir para aplicar el art. 7 TUE relativo a la suspensión de determinados derechos derivados de la pertenencia a la Unión (art. 354 TFUE) y que el Tratado Constitucional regulaba en un mismo precepto, lo que también podría decirse del ámbito de aplicación territorial de los Tratados (art. 355 TFUE) que concreta lo dispuesto en el art. 52 TUE.

Además, encontraríamos las características cláusulas procedimentales propias de la parte final de un Tratado relativas a su duración, ratificación o autenticación y que creemos que podrían haberse evitado haciendo una mención similar a la que se encuentra en el art. 48 TUE respecto a la revisión (al aclarar que se refiere a los Tratados en general, englobando al TUE y al TFUE) con el fin de evitar la doble regulación de los mismos ámbitos en el TUE (arts. 53-55) y TFUE (arts. 356-358).

Finalmente, en esta Séptima Parte no podemos olvidarnos del art. 352 TFUE, que recoge la cláusula de flexibilidad y cuya inclusión aquí no entendemos muy bien, salvo que la contextualicemos como otro ejemplo del velo de Lisboa al alejarla de la regulación del sistema de competencias, en la que tendría que estar y que hará que volvamos sobre ella en el Capítulo Cuarto.

#### IV. EL COMPLEJO PROCESO DE RATIFICACIÓN DEL TRATADO DE LISBOA

Bajo este epígrafe veremos las principales dificultades a las que tuvo que hacer frente el Tratado de Lisboa en cuanto a su ratificación por los veintisiete estados de la Unión, desde su rúbrica el 13 de diciembre de 2007 a su entrada en vigor el 1 de diciembre de 2009, casi dos años después. Proceso en el que hubo desde un *referendum* negativo en Irlanda a demoras interesadas en ciertos países (Polonia o la República Checa), pasando por complejas sentencias de los órganos constitucionales internos correspondientes (como en el caso de Alemania).



## A. La etapa de incertidumbres

El Tratado de Lisboa, firmado en la capital portuguesa el 13 de diciembre de 2007, preveía como fecha de referencia para su entrada en vigor el 1 de enero de 2009, antes de la celebración de las elecciones al Parlamento Europeo y de la elección de la nueva Comisión (que en ambos casos correspondía hacer en ese año) siempre, claro está, que todos los estados miembros hubieran depositado sus instrumentos de ratificación con anterioridad a esa fecha.

En vista de lo que había acontecido con el Tratado Constitucional, todos los estados miembros optaron por la vía de la ratificación parlamentaria, con la excepción de Irlanda que constitucionalmente establecía que cualquier reforma de los Tratados comunitarios habría de hacerse por *referendum* ya que supondría, en sí misma, una reforma de la propia Constitución irlandesa. Así, a finales del año 2008 habían ratificado el Tratado de Lisboa veintitrés de los veintisiete miembros de la Unión, incluyendo el Reino Unido, y faltando solamente Alemania (cuya ratificación final dependía de la decisión que adoptara su Tribunal Constitucional), Irlanda, Polonia y la República Checa.

Sin embargo, este proceso de ratificación de Lisboa que transcurría con normalidad daría un giro el 12 de junio de 2008, al rechazar Irlanda en *referendum* la ratificación del Tratado de Lisboa<sup>959</sup>. De este modo, la entrada en vigor del Tratado lisboeta estaba en peligro y el antecedente inmediato de lo acontecido con la ratificación del Tratado Constitucional no presagiaba nada bueno.

---

<sup>959</sup> El 53,4% de los votantes rechazaron la ratificación, mientras que el 46,6% la apoyaron, con un nivel de participación de poco más de la mitad del total (53,1%). Entre las razones que podrían explicar la victoria del no a Lisboa estarían el temor a la pérdida de peso irlandesa en las instituciones de la Unión (en concreto con la disminución de componentes de la Comisión), o a que su estatuto de neutralidad, su modelo de familia o sus regulaciones fiscales y sociales, se viesan en peligro, *vid.* ALDECOA LUZÁRRAGA, Francisco - GUINEA LLORENTE, Mercedes: *La Europa que viene...*, p. 281. No obstante, Enzensberger cuenta una anécdota que puede ser ilustrativa: “cuando en 2008 Irlanda había de votar el Tratado, el irlandés Charlie McCreevy, representante de su país en la Comisión, dijo que de su 4,2 millones de habitantes apenas 250 habían leído la obra y que de éstos ni siquiera 25 la habían comprendido”, ENZENSBERGER, Hans Magnus: *El gentil monstruo de Bruselas o Europa bajo tutela*, Barcelona, Anagrama, 2012, p. 17. Siendo preocupante este dato, también habría que preguntarse, por ejemplo, cuantos ciudadanos han leído o comprendido el texto constitucional de su Estado respectivo.

Para evitar una nueva parálisis, tanto el ejecutivo irlandés como los principales gobiernos europeos actuaron rápidamente. Así, el gobierno de Irlanda presentó al Consejo Europeo un informe sobre las preocupaciones del pueblo irlandés en diciembre del mismo 2008<sup>960</sup>, existiendo por parte de los Jefes de Estado y de Gobierno de la Unión la firme voluntad de tratar de desbloquear la ratificación irlandesa<sup>961</sup>. De esta forma, y tras un período de negociación, en su sesión de 19 de junio de 2009, el Consejo Europeo aceptó que la Comisión Europea debería seguir incluyendo a un nacional de cada Estado miembro, a la par que se acordaron garantías jurídicas vinculantes respecto a determinadas cuestiones específicas indicadas por las autoridades irlandesas en materia de fiscalidad, derecho a la vida, la familia, la educación, y la tradicional política irlandesa de neutralidad militar, que en su mayor parte se incorporarían como Protocolo en los Tratados para reforzar su rango una vez que el Tratado de Lisboa entrara en vigor<sup>962</sup>. De la misma forma, se adopta también una Declaración solemne sobre la importancia de los derechos de los trabajadores y los servicios públicos<sup>963</sup>.

Paralelamente, el Tribunal Constitucional alemán ya había dictaminado la constitucionalidad del Tratado de Lisboa<sup>964</sup>. Con la ratificación alemana y las garantías dadas por el Consejo Europeo, el gobierno irlandés convocó un segundo *referendum* de ratificación el 2 de octubre de 2009 que, en esta ocasión, culminaría con un amplio respaldo al Tratado de Lisboa<sup>965</sup>, impulsando en paralelo la ratificación de Polonia, otro de los estados que se habían mostrado renuentes.

<sup>960</sup> *Declaración de las preocupaciones del pueblo irlandés sobre el Tratado de Lisboa expuestas por el Primer Ministro irlandés, Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo*, Bruselas, 11 y 12 de diciembre de 2008.

<sup>961</sup> En este sentido, no debe olvidarse que en el segundo semestre del año 2008 empieza a percibirse la importancia de la crisis global que estaba en ciernes. En septiembre de ese año quebró *Lehman Brothers* y el sistema financiero e inmobiliario entró en un período de continuas turbulencias que pasarían al ámbito económico, afectando muy directamente al euro y a las economías europeas, llegando al punto de que la propia Irlanda (como Grecia y Portugal) tendrían que ser rescatadas por el Banco Central Europeo. Factores que propiciaron que la sociedad irlandesa dejara a un lado las tesis más aislacionistas.

<sup>962</sup> *Decisión de los Jefes de Estado o de Gobierno de los 27 Estados miembros de la UE reunidos en el seno del Consejo Europeo, relativa a las preocupaciones del pueblo irlandés sobre el Tratado de Lisboa, Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo*, Bruselas, 18 y 19 de junio de 2009, Anexo 1. *Vid. Protocolo n° 35* anexo al Tratado de Lisboa sobre el art. 40.3.3 de la Constitución irlandesa. Sobre la cláusula de neutralidad irlandesa y la exclusión de la aplicación de la cláusula de defensa mutua, *vid. Declaración Nacional de Irlanda, Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo*, Bruselas, 18 y 19 de junio de 2009, Anexo 3.

<sup>963</sup> *Declaración solemne sobre los derechos de los trabajadores, la política social y otras cuestiones, Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo*, 18 y 19 de junio de 2009, Anexo 2.

<sup>964</sup> En su sentencia de 30 de junio de 2009 que veremos con detenimiento más adelante.

<sup>965</sup> Con una participación más elevada que en el primer *referendum* (el 59%, casi seis puntos mayor) el sí a Lisboa sobrepasó el 67% de los votantes, frente a algo menos al 33% que lo rechazaron.

Faltaba únicamente la ratificación de la República Checa, pendiente de la rúbrica de su euroescéptico Presidente, Vaclav Klaus, puesto que la ratificación parlamentaria ya se había producido. Rúbrica que al fin se produjo el 3 de noviembre, coincidiendo con la declaración de constitucionalidad del Tratado de Lisboa efectuada por el Alto Tribunal checo y una vez que el Consejo Europeo consintió aplicar a la República Checa la misma excepción que tenían respecto a la Carta de los Derechos Fundamentales, Reino Unido y Polonia<sup>966</sup>.

Así, finalmente el 1 de diciembre de 2009, casi con un año de retraso sobre lo previsto en su articulado y dos años después de su firma, entraba en vigor el Tratado de Lisboa.

#### B. La ratificación española por vía parlamentaria

A diferencia de lo ocurrido con el Tratado Constitucional donde el gobierno español, utilizando la vía del art. 92 de la Constitución, promovió la celebración de un *referendum* consultivo sobre su ratificación el 20 de febrero de 2005 (seguido de la necesaria ratificación parlamentaria posterior, dada la naturaleza consultiva del *referendum*), la ratificación del Tratado de Lisboa se haría por la vía habitual (empleada para Maastricht, Ámsterdam o Niza) de la ley orgánica prevista en el art. 93.

De esta forma, las Cortes Generales aprobaron la *Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la*

---

<sup>966</sup> *Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo*, Bruselas, 29 y 30 de octubre de 2009, Anexo I; asimismo *vid. Protocolo n° 30* anexo al Tratado de Lisboa sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales a Polonia y al Reino Unido y *Declaración n° 53* de la República Checa relativa a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. El Presidente checo, Vaclav Klaus argumentaba para no firmar el instrumento de ratificación que la Carta de los Derechos Fundamentales, dotada de valor jurídico, podría suponer que los alemanes expulsados de la zona de los Sudetes (en la República Checa) al final de la Segunda Guerra Mundial intentaran recuperar sus propiedades. Como exponen los profesores Aldecoa y Guinea, este supuesto temor checo estaba poco justificado, puesto que la Carta vincula a las instituciones europeas y a los estados miembros sólo cuando aplican el Derecho de la Unión; más bien, parecía tratarse de una estrategia dilatoria vinculada con la presentación de un recurso ante el Tribunal Constitucional checo contra la totalidad del Tratado de Lisboa por parte de representantes del partido del Presidente Klaus que, indirectamente, habían tejido una alianza con el Partido Conservador británico (entonces en la oposición) para dilatar la ratificación de Lisboa de forma que los conservadores pudieran convocar un *referendum* cuando alcanzaran el poder en el Reino Unido, lo que estaba supeditado a que el Tratado lisboeta no estuviera ya en vigor, *vid. ALDECOA LUZÁRRAGA, Francisco - GUINEA LLORENTE, Mercedes: La Europa que viene...*, pp. 283-284.

*Comunidad Europea, firmado en la capital portuguesa el 13 de diciembre de 2007. Así, apenas transcurridos siete meses de la rúbrica del Tratado, España había culminado su proceso de ratificación, publicándose en el Boletín Oficial del Estado del 31 de julio, si bien el instrumento formal de ratificación firmado por el Jefe del Estado y refrendado por el Ministro de Asuntos Exteriores estaría datado el 26 de septiembre del mismo 2008<sup>967</sup>.*

En el citado proceso, queremos incidir en tres cuestiones que consideramos relevantes, al dejar patente el compromiso europeísta y con el proceso de constitucionalización de la Unión Europea, por parte de las Cortes Generales y, por tanto, de una amplia mayoría de diputados pertenecientes a diferentes formaciones políticas.

En primer lugar, las Cortes Generales establecen en la propia exposición de motivos de la ley de ratificación una vinculación entre el frustrado Tratado Constitucional y el Tratado de Lisboa, al reflejarse que “el Tratado de Lisboa deriva de la citada Constitución Europea, que fue aprobada en referéndum por el pueblo español. De ahí que las bases, valores, objetivos, derechos, políticas e instituciones del Tratado sean sustancialmente similares a las de la non nata Constitución”. Dicha vinculación, aparte de reforzar el carácter constitucional de Lisboa (pese a su ya mencionado velo) servía también para eludir un nuevo pronunciamiento del Tribunal Constitucional<sup>968</sup> y, sobre todo, para justificar que no se acudiese nuevamente a la vía del *referendum*, agilizando y simplificando el proceso de ratificación y, sobre todo, evitando la posibilidad de un nuevo bloqueo ante un eventual resultado negativo.

En segundo lugar, la exposición de motivos reitera la Declaración anexa al Tratado de Lisboa, efectuada por España y otros quince estados, en el sentido de

<sup>967</sup> Con todo, la ratificación en España se retrasó ligeramente con motivo de la disolución de las Cortes al ser convocadas las elecciones generales para marzo de 2008.

<sup>968</sup> Conviene recordar que la Declaración del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 de diciembre, se había producido a requerimiento del gobierno presentado el 5 de noviembre de ese mismo año; lo mismo había sucedido en la ratificación española del Tratado de Maastricht, con la Declaración del Tribunal Constitucional 1/1992, de 1 de julio, ante la solicitud del ejecutivo formulada el 13 de mayo. Con ocasión de la ratificación del Tratado de Lisboa, el gobierno consideró que no era necesario un nuevo requerimiento al Tribunal Constitucional, habida cuenta de la relación entre el texto lisboeta y el frustrado Tratado Constitucional, lo que quedaba de manifiesto con la vinculación explícita entre ambos que establecieron las Cortes Generales.

mantener y recomendar el uso de los símbolos europeos (bandera, himno, divisa, moneda y día de Europa) que preveía el art. I-8 del Tratado Constitucional<sup>969</sup>.

Finalmente, la exposición de motivos resalta el papel de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, al tratarse “de un avance de considerable valor político, además de jurídico, en el proceso de construcción de la Unión y de la ciudadanía europea”, para continuar “por ello, y porque se considera conveniente desde el punto de vista de la transparencia y de la proximidad al ciudadano, se reproduce en el artículo segundo de esta Ley Orgánica el texto íntegro de la citada Carta, tal y como ha sido publicado en el «Diario Oficial de la Unión Europea» de 14 de diciembre de 2007”.

De esta forma, el art. 2 de la Ley Orgánica 1/2008 dispone que “a tenor de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 10 de la Constitución española y en el apartado 8 del artículo 1 del Tratado de Lisboa, las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán también de conformidad con lo dispuesto en la Carta de los Derechos Fundamentales publicada en el «Diario Oficial de la Unión Europea» de 14 de diciembre de 2007, cuyo texto íntegro se reproduce a continuación”.

La reproducción íntegra de la Carta en la ley española, es una clara señal del compromiso de España con la dimensión constitucional que la propia Carta de los Derechos Fundamentales representa y ello, incluso, a pesar de que Lisboa, a diferencia del Tratado Constitucional, no recoge su texto dentro del articulado del Tratado de la Unión Europea.

#### C. La sentencia del Tribunal Constitucional alemán sobre el Tratado de Lisboa

Un punto de inflexión en el complejo proceso de ratificación del Tratado de Lisboa por los estados miembros vino dado por la sentencia del Tribunal de Karlsruhe de 30 de

---

<sup>969</sup> *Declaración n° 52* anexa al Tratado de Lisboa del Reino de Bélgica, de la República de Bulgaria, de la República Federal de Alemania, de la República Helénica, del Reino de España, de la República Italiana, de la República de Chipre, de la República de Lituania, del Gran Ducado de Luxemburgo, de la República de Hungría, de la República de Malta, de la República de Austria, de la República Portuguesa, de Rumanía, de la República de Eslovenia y de la República Eslovaca relativa a los símbolos de la Unión Europea.

junio de 2009, que entendía compatible el Tratado lisboeta con la Ley Fundamental de Bonn<sup>970</sup>, lo que despejaba el camino para su ratificación por parte del Estado de mayor peso cualitativo y cuantitativo de la Unión.

Es verdad que, desde décadas atrás, el Tribunal Constitucional alemán había adoptado una posición muy activa en el proceso de integración europeo, estableciendo una serie de líneas rojas o límites, ligados tanto a un nivel de protección de los derechos fundamentales en el plano comunitario similar al alemán, como a la defensa de lo que se consideraban principios fundamentales básicos del Estado vinculados, por ejemplo, al federalismo<sup>971</sup>.

En este sentido, con ocasión de la ratificación de Lisboa, el Tribunal de Karlsruhe se tuvo que pronunciar sobre diversos recursos interpuestos ante el Tribunal

<sup>970</sup> Vid. página web del Tribunal Constitucional alemán, <http://www.bundesverfassungsgericht.de> en la que existe una versión en español de dicha decisión. Sobre esta sentencia hay amplia bibliografía. Vid. con carácter general DE LA CUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás: “La ardua ratificación del Tratado de Lisboa. Penúltima estación: la sentencia del Tribunal Constitucional federal de 30 de junio de 2009”, *Revista General de Derecho Constitucional*, vol. 8, (2009), [www.iustel.com](http://www.iustel.com); BOTHE, Michael: *The Judgment of the German Federal Constitutional Court regarding the Constitutionality of the Lisbon Treaty*, Instituto Affari Internazionali (IAI0920); MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José: “Órdago del Tribunal Constitucional alemán al proceso de integración europea (algo más que una sentencia crítica con el Tratado de Lisboa)”, *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, nº 13, (2011), pp. 97-145; MIGUEZ MACHO, Luis: “La sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 30 de junio de 2009, sobre el Tratado de Lisboa”, en Pereira Menaut (coordinador), *Código Constitucional de la Unión Europea*, Santiago de Compostela, Andavira, 2011, pp. 111-139; o VIDAL PRADO, Carlos (coordinador): *Sentencia “Lisboa” del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011.

<sup>971</sup> Podemos destacar dos famosas sentencias del Tribunal Constitucional alemán llamadas *Solange I* (29 de mayo de 1974) y *Solange II* (22 de octubre de 1986); conforme a la primera cuestionaba la primacía del Derecho Comunitario europeo mientras no garantizara los derechos fundamentales en un grado equivalente al de la garantía constitucional alemana; por la segunda, el Tribunal consideraba adecuada al nivel interno alemán la protección de los derechos fundamentales desenvuelta a nivel comunitario. Más cercana, hay que reseñar su sentencia *Brunner y otros contra el TUE* (12 de octubre de 1993) sobre la ratificación del Tratado de Maastricht, en la que el Tribunal de Karlsruhe rechazaba que la Unión tuviera una competencia sobre las competencias, de modo que Alemania conservaría su soberanía e incluso podría retirarse de la Unión, correspondiendo al Tribunal Constitucional y a la Ley Fundamental de Bonn la última palabra, vid. PEREIRA-MENAUT, Antonio-Carlos: *Sistema...*, pp. 119-136; o ARNOLD, Rainer: *La unificación alemana. Estudios sobre el Derecho alemán y europeo*, Madrid, Civitas, 1993, 128-135. El propio Arnold apunta que “el Tratado de Reforma de Lisboa se corresponde ampliamente con las expectativas de la República Federal Alemana”, ARNOLD, Rainer: “El Tratado de Reforma de Lisboa: Algunas reflexiones desde la perspectiva alemana”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 9, (2008), p. 244. No obstante, ya en el año 2000, el mismo Tribunal Constitucional germano moduló su lenguaje, admitiendo que no era competente respecto de la tutela de los derechos fundamentales en los actos comunitarios (que le correspondería al Tribunal de Luxemburgo a través de la vía prejudicial), reconociendo implícitamente la primacía comunitaria; sólo se reservó, una competencia de emergencia para el caso (poco previsible) de violaciones sistemáticas de derechos y ausencia general de protección por parte del Tribunal de Luxemburgo, vid. PETERS, Anne: “The Bananas Decision (2000) of the German Federal Constitutional Court: Towards Reconciliation with the European Court of Justice as Regards Fundamental Rights Protection in Europe”, *German Yearbook of International Law*, vol. 43, (2000), pp. 276-282.

Constitucional en el año 2008. En concreto, fueron acumulados cuatro recursos de amparo y dos recursos que podríamos denominar como conflictos entre órganos constitucionales<sup>972</sup>. Como expone Nanclares “no deja de llamar la atención que el Tribunal Constitucional alemán declarase admisibles unos recursos de amparo que por definición son vehículo procesal para alegar una violación de derechos fundamentales (artículo 93.1 apdo. 4a LFB) y no un mecanismo de control constitucional abstracto de normas (artículo 93.1. apdo. 2 LFB) ni un control de constitucionalidad de un tratado internacional al estilo del que existe en nuestro ordenamiento constitucional (artículo 95.2 CE)”<sup>973</sup>.

La sentencia del Tribunal Constitucional alemán, larga y farragosa<sup>974</sup>, considerará de forma unánime<sup>975</sup> que, aunque la *Ley por la que se aprueba el Tratado de Lisboa* es perfectamente compatible con la Ley Fundamental, su normativa de acompañamiento, es decir, la *Ley por la que se aumentan y se reforman los derechos de participación del Bundestag y del Bundesrat en el ámbito de la Unión Europea*, sería por el contrario inconstitucional al no prever suficientes derechos de participación tanto en los procesos legislativos como en los procesos de reforma de los Tratados<sup>976</sup>.

El Tribunal Constitucional partía de la base de que la Constitución alemana está orientada hacia la integración europea, pero ello no significaba que en el proceso de transferencia de poderes a la Unión Europea, Alemania perdiese su capacidad para determinar políticamente y socialmente las condiciones de vida de los ciudadanos

<sup>972</sup> Vid. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José: “Órdago...”, pp. 104-105. Los conflictos entre órganos constitucionales eran los interpuestos por el grupo parlamentario en el *Bundestag* de La Izquierda (*Die Linke*) y el planteado por un diputado del sector más conservador de la Unión Socialcristiana de Baviera (CSU), Peter Gauweiler, que reitera los argumentos presentados contra el Tratado de Maastricht en 1992 sobre la base de una supuesta merma de los derechos fundamentales de los ciudadanos alemanes al transferirse parte de la soberanía de Alemania a la Unión Europea. Aunque este recurso de Gauweiler no sería admitido, el Tribunal Constitucional sí conocería de un recurso de amparo que había interpuesto a título personal. El resto de recursos de amparo correspondían al presidente de un partido ecológico, a 53 diputados del mismo grupo parlamentario que había interpuesto el conflicto entre órganos constitucionales y al presentado por un eurodiputado al que acompañaron tres catedráticos de universidad, *vid. ibidem*, p. 105.

<sup>973</sup> *Ibidem*.

<sup>974</sup> La sentencia consta de 421 apartados, dividiéndose en tres partes: los antecedentes (parte A, apartados 1-166, siendo los primeros 98 apartados una génesis del proceso de integración europea y la situación de Alemania en el mismo), la cuestión de la admisibilidad de los recursos (parte B, apartados 167-206) y la fundamentación propiamente dicha (parte C, que abarcaría los apartados 207-420).

<sup>975</sup> Como recoge la propia sentencia, existiría unanimidad en la parte dispositiva, mientras que en cuanto a sus fundamentos habría siete votos a favor y uno en contra.

<sup>976</sup> Como afirma Nanclares, la sentencia supuso “«un sí pero» a la constitucionalización de la ley de ratificación del Tratado de Lisboa y un «no» rotundo a la ley de acompañamiento”, MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José: “Órdago...”, p. 107.

alemanes. En ese sentido, la sentencia analiza el funcionamiento del principio democrático y del principio de atribución de competencias en el seno de la Unión.

En lo que se refiere al principio democrático, la sentencia parte de una doble premisa: por un lado, considera que sigue existiendo un déficit de representatividad democrática en la Unión Europea, por lo que sería necesario reforzar el papel de los Parlamentos estatales, sobre todo cuando se fueran a otorgar más competencias a la Unión; por otro lado, cuestiona que el Parlamento Europeo tenga suficiente legitimidad democrática para tomar decisiones puesto que en su composición/elección no respetaría el principio de igualdad entre los votantes, ya que, por ejemplo, un voto de un ciudadano alemán sería proporcionalmente menos trascendente que el de un ciudadano maltés, lo que implica nuevamente, la necesidad de dotar de mayor influencia a los Parlamentos Nacionales<sup>977</sup>.

En lo relativo al principio de atribución, el Tribunal Constitucional alemán parte de la base de que la Unión Europea es una asociación de estados nacionales soberanos (*Staatenverbund*) en la que el “ordenamiento fundamental está exclusivamente a disposición de los Estados miembros y en la cual los pueblos [...] de los Estados miembros continúan siendo los sujetos de la legitimación democrática”<sup>978</sup>. Por tanto, la Unión Europea sólo tendría las competencias que los estados le han atribuido que, además, se habrían de ejercitar preservando la identidad de los mismos, careciendo la Unión de la facultad de decidir por sí misma cuando tiene y cuando no tiene competencias<sup>979</sup>.

<sup>977</sup> El profesor Nanclares se muestra especialmente disconforme con la concepción que realiza la sentencia respecto al déficit democrático de la Unión, apuntando que “de ahí a seguir insistiendo en la inexistencia de un carácter institucional democrático comparable con los principios democráticos existentes en los Estados –mejor dicho, con el principio democrático concreto existente en el particular Derecho Constitucional alemán– dista un largo camino por el que la sentencia no se adentra [...] como si desde la década de 1980 no se hubiera producido profundización alguna en la democratización de los procesos decisorios de la Unión”, *ibidem*, p. 120, añadiendo que “la realidad actual es que los tratados constitutivos reconocen expresamente que se basan en el principio democrático (artículo 2 TUE), articulan un sistema institucional que pivota sobre un Parlamento Europeo con caracteres que revisten a su elección y también a sus competencias de un carácter tan marcadamente democrático como el que pueda existir en los estados miembros. Por supuesto, con las peculiaridades propias de una Unión supranacional integrada por Estados y que carece de un *pueblo europeo*”, *ibidem*.

<sup>978</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional alemán, de 30 de junio de 2009, sobre el Tratado de Lisboa, apartado 229.

<sup>979</sup> Como dice el Tribunal Constitucional germano: “Los valores establecidos en el art. 2 TUE-Lisboa, que en parte ya están contenidos como principios en el art. 6.1 TUE vigente, no proporcionan a la asociación de integración europea una *Kompetenz-Kompetenz*, de modo que en este sentido también se mantiene en



De esta forma, Alemania vería garantizados el respeto al principio federal y el mantenimiento del plan interno de competencias sobre determinados ámbitos como los relativos a la seguridad y defensa, las normas fundamentales del Derecho penal y del sistema financiero estatal, el sistema de seguridad social o las decisiones culturales de fundamental relevancia, entre las que podrían incluirse el Derecho de familia, la educación y la relación entre Estado y religión.

Por lo tanto, el Tribunal Constitucional alemán validaba la constitucionalidad de la ratificación, condicionada a reformas legislativas de ámbito interno para reforzar el papel del Parlamento Federal que culminarían en la modificación de la *Ley por la que se aumentan y se reforman los derechos del Bundestag y del Bundesrat en el ámbito de la Unión Europea*, incidiendo en la reglamentación sobre el ejercicio del mecanismo de alerta temprana en el control del principio de subsidiariedad<sup>980</sup>.

No obstante, como dice Míguez Macho, “lo importante de la sentencia no es su fallo, sino la interpretación que sostiene de la naturaleza del proceso de integración europea y de sus límites”<sup>981</sup>. Y el Tribunal Constitucional alemán, en opinión del profesor Nanclares, utiliza en esta sentencia “un concepto de soberanía y de Estado que ya no existe”<sup>982</sup> de forma continuada<sup>983</sup>. En este sentido, los conceptos emanados de la sentencia de soberanía y de un *demos* sin el que no hay Constitución, podrían seguir siendo válidos para los estados (y aun en este caso, en una forma diferente a la entendida por Bodino siglos atrás) pero habrán de relativizarse necesariamente para entender procesos de integración supranacional como representa la Unión Europea<sup>984</sup>.

---

vigor el principio de atribución de competencias”, sentencia de 30 de junio de 2009 sobre el Tratado de Lisboa, apartado 332.

<sup>980</sup> La nueva ley de acompañamiento de refuerzo de los poderes del Parlamento alemán se aprobaría el 8 de septiembre de 2009.

<sup>981</sup> MÍGUEZ MACHO, Luis: “La sentencia...”, p. 116.

<sup>982</sup> MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José: “Órdago...”, p. 111.

<sup>983</sup> Referencias diversas a lo largo de toda la sentencia, como cuando el Tribunal de Karlsruhe exige que se garantice la soberanía del Estado constitucional (apartado 226), define un concepto de Unión de estados (*Staatenverbund*) en la que éstos mantienen su carácter soberano (apartado 229), afirma que la Ley Fundamental de Bonn no autoriza el ingreso de Alemania en un Estado federal en el que desapareciera el derecho de autodeterminación del pueblo alemán en la forma de la soberanía de Derecho Internacional de Alemania (apartado 228), o cuando concreta lo que exige la soberanía desde la perspectiva del Derecho Constitucional y del Derecho Internacional Público (apartado 231), *vid. ibidem*.

<sup>984</sup> En sentido opuesto a lo expresado por Nanclares, el profesor Míguez Macho manifiesta que “guste o no guste, el estado actual del proceso de integración responde fielmente a lo que el Tribunal señala en la sentencia: es evidente que el paso a un Estado federal, sea de tipo clásico, sea de tipo novedoso, no se ha dado en la Unión Europea y que los Estados conservan su soberanía”, MÍGUEZ MACHO, Luis: “La sentencia...”, p. 136.

De hecho, como ha establecido algún otro Tribunal Constitucional de forma diferente a lo dispuesto por el alemán, atribuir a la Unión Europea el ejercicio de determinadas competencias no tiene por qué ser automáticamente sinónimo de pérdida de soberanía estatal<sup>985</sup>, ya que “la soberanía estatal no es en modo alguno un objeto de contenido predeterminado y medible en el que la transferencia de competencias a una organización supranacional forzosamente conlleve de forma automática la pérdida total de las mismas por parte de los estados y su adquisición definitiva por peso y valor idéntico por la Unión”<sup>986</sup>, sobre todo en el marco de “una Unión Europea cuyo sistema de competencias se funda en elementos finalistas y funcionalistas dentro de unas posibilidades de actuación de intensidad muy dispar según sea cada competencia (exclusiva, compartida o complementaria, método abierto de coordinación económica, mera cooperación intergubernamental, etc.)”<sup>987</sup>.

En todo caso, y pese a que la sentencia utiliza conceptos jurídico-políticos de naturaleza estatista en relación con la Unión Europea, lo que a nuestro juicio, como indicamos en el Capítulo Primero, no resulta muy adecuado en una realidad supranacional de este tipo, no tiene por qué impedir el avance en el proceso de integración y profundización de la Unión, del mismo modo que pronunciamientos anteriores de este mismo Tribunal tampoco lo hicieron<sup>988</sup>.

#### D. La aplicación del Tratado de Lisboa

El Tratado de Lisboa, como hemos visto, entró en vigor el 1 de diciembre de 2009 y con ello adquirieron vigencia los nombramientos de Herman Van Rompuy como Presidente del Consejo Europeo, y de Catherine Ashton como nueva Alta Representante para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad, decididos en el Consejo Europeo extraordinario de Bruselas de 19 de noviembre de 2009 ante la inminencia de la entrada

<sup>985</sup> El Tribunal Constitucional checo estableció en su sentencia de 26 de noviembre de 2008 que la transferencia a la Unión de ciertas competencias estatales “is not a conceptual weakening of the sovereignty of a state, but, on the contrary, can lead to strengthening it within the joint actions of an integrated whole”; disponible en <http://www.concourt.cz>, *vid.* NEMECKOVA, Petra: “La sentencia del Tribunal Constitucional checo de 26.11.2008 sobre la compatibilidad del Tratado de Lisboa con la Constitución de la República Checa”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 32, (2009), pp. 239-258.

<sup>986</sup> MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José: “Órdago...”, p. 110.

<sup>987</sup> *Ibidem*. Sobre las apreciaciones que esta sentencia del Tribunal de Karlsruhe hace en relación con el modelo de distribución competencial de la UE volveremos en el Capítulo Cuarto.

<sup>988</sup> *Vid.* MÍGUEZ MACHO, Luis: “La sentencia...”, p. 137.

en vigor del Tratado lisboeta. En el primer caso, con una duración de dos años y medio (hasta el 31 de mayo de 2012) tal como preveía Lisboa, y en el segundo, hasta el final del mandato de la Comisión, puesto que el Alto Representante era miembro de la Comisión conforme a lo dispuesto también por el mismo Tratado.

Además, el Consejo Europeo decidió proponer nuevamente a Durao Barroso como Presidente de la Comisión después de la celebración de las elecciones al Parlamento Europeo de junio de 2009<sup>989</sup> mientras que el mandato de la Comisión, que finalizaba en octubre, se prorrogó ligeramente para que, con la vigencia de Lisboa en diciembre, también fuera nombrado un nuevo colegio de comisarios elegidos con arreglo a dicho Tratado<sup>990</sup>.

Paralelamente, el mismo 1 de diciembre de 2009 surtiría efecto la Decisión del Consejo Europeo relativa a la adopción de su Reglamento interno, estableciendo el procedimiento de actuación, deliberación y toma de decisiones de dicho Consejo. En este sentido, se prevé que en la preparación de las reuniones de esta institución y en el establecimiento del proyecto de orden del día, el Presidente del Consejo Europeo coopere estrechamente con el miembro del Consejo Europeo representante del Estado miembro que ejerza la presidencia semestral del Consejo (art. 3 del Reglamento), o que el miembro del Consejo Europeo que represente al Estado miembro que ejerza la presidencia del Consejo dará cuenta al Consejo Europeo, en consulta con su Presidente, de los trabajos del Consejo (art. 4 del Reglamento), lo que, en definitiva, permitía tener algún papel, aunque limitado, al Jefe de Estado o de Gobierno del país que ejerce la presidencia rotatoria.

No obstante, el propio Tratado de Lisboa, en previsión que se produjeran atrasos en el proceso de ratificación, había previsto el *Protocolo n° 36* sobre las disposiciones transitorias que se incorporarían como anexo y se aplicarían al Tratado de la Unión Europea, al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y al Tratado de la Comunidad Europea de la Energía Atómica. A ello habría que añadir que, dado el retraso en la vigencia de Lisboa derivada del primer *referendum* irlandés negativo, fue

---

<sup>989</sup> Durao Barroso sería ratificado por el Parlamento Europeo el 16 de septiembre de 2009.

<sup>990</sup> *Vid.* art. 5 del *Protocolo n° 36* sobre las disposiciones transitorias.

necesario adoptar nuevas disposiciones relativas al ejercicio de las Presidencias o a la composición del Parlamento Europeo.

Así, se reservaba al Estado que ejercía la Presidencia rotatoria semestral la adopción de medidas concretas ligadas a los aspectos organizativos y materiales del ejercicio de la Presidencia del Consejo Europeo y del Consejo de Asuntos Exteriores<sup>991</sup>.

En lo que respecta al Parlamento Europeo, las elecciones de 2009 se celebraron antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, lo que hacía todavía vigente el sistema diseñado por el Tratado de Niza y dejaba sin sentido la previsión establecida en el art. 2 del *Protocolo n° 36* sobre las disposiciones transitorias según el cual “hasta que finalice la legislatura 2004-2009, la composición y el número de miembros del Parlamento Europeo seguirán siendo los existentes en el momento de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa”. No obstante, y ante la inmediata entrada en vigor del nuevo Tratado, el Consejo Europeo decidió que aquellos estados que tuvieran un incremento de diputados como consecuencia del nuevo Tratado los incorporaran a lo largo de 2010, mientras que aquéllos que perdían diputados podrían mantener el número que Niza les daba durante la legislatura 2009-2014, produciéndose así la cifra de 754 miembros del Parlamento Europeo en la citada legislatura<sup>992</sup>.

Por otro lado, el propio Tratado de Lisboa incluía en el referido *Protocolo n° 36*, en relación con la nueva definición de la mayoría cualificada establecida en los arts. 16.4 TUE y 238.2 TFUE, un procedimiento de aplicación escalonada con el objeto de facilitar una transición fluida: conforme a lo previsto en el art. 3.3 del Protocolo, hasta el 31 de octubre de 2014 seguiría aplicándose el modelo establecido por el Tratado de

<sup>991</sup> Vid. *Tratado de Lisboa-Medidas transitorias relativas a la Presidencia del Consejo Europeo y a la Presidencia del Consejo de Asuntos Exteriores, Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo*, Bruselas, 11 y 12 de diciembre de 2008, Anexo I. En todo caso, esto habría que entenderlo vinculado a lo dispuesto en el Reglamento interno del Consejo Europeo ya comentado, adoptado por Decisión de 1 de diciembre de 2009. Conviene recordar que, en gran medida, le correspondería a España poner en marcha las citadas medidas, ya que su presidencia rotatoria tuvo lugar en el primer semestre de 2010.

<sup>992</sup> Vid. *Tratado de Lisboa-Medidas transitorias relativas a la composición del Parlamento Europeo, Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo*, Bruselas, 11 y 12 de diciembre de 2008, Anexo I. Resulta oportuno recordar que en el transcurso de la CIG de 2007 se acordó otorgar a Italia un escaño suplementario en el Parlamento Europeo, para que pudiera mantener el mismo número de representantes que Francia y el Reino Unido, de forma que la redacción final del art. 14 TUE estableció que “su número no excederá de setecientos cincuenta, más el Presidente”; este inciso “más el Presidente” es lo que diferencia la redacción dada por Lisboa de la prevista en el Tratado Constitucional y la base que permite a Italia obtener ese *eurodiputado* más, vid. *Declaración n° 4* anexa al Tratado de Lisboa relativa a la composición del Parlamento Europeo.

Niza, mientras que el sistema diseñado por Lisboa sería de aplicación a partir del 1 de noviembre de 2014<sup>993</sup>. No obstante, incluso dentro del modelo establecido por el Tratado de Lisboa, el art. 3.2 del Protocolo prevé que entre el 1 de noviembre de 2014 y el 31 de marzo de 2017, “cualquier miembro del Consejo podrá solicitar que el acuerdo se adopte por la mayoría cualificada que se define en el apartado 3 [es decir, conforme a lo previsto por Niza]”, a la par que si un número de miembros del Consejo que represente al menos las tres cuartas partes de la población, o al menos las tres cuartas partes del número de estados miembros, necesario para constituir una minoría de bloqueo manifiesta su oposición a que el Consejo adopte un acto por mayoría cualificada, el Consejo debatirá el asunto<sup>994</sup>. A ello habría que incluir también que, a partir del 1 de abril de 2017, si un número de miembros del Consejo que represente al menos el 55% de la población, o al menos el 55% del número de estados miembros, necesario para constituir una minoría de bloqueo manifiesta su oposición a que el Consejo adopte un acto por mayoría cualificada, el Consejo debatirá igualmente dicho asunto<sup>995</sup>; esta cláusula, como vimos al examinar la definición de la mayoría cualificada dada por el Tratado de Lisboa, no estaría exenta de polémica, ya que podría llegar a desvirtuar su aplicación en la práctica.

Finalmente, el citado *Protocolo n° 36* recogía otras disposiciones transitorias, en las que no entraremos, relativas a las formaciones del Consejo (art. 4) y de su secretaría general (art. 6), a los órganos consultivos (arts. 7 y 8) y a los actos adoptados en virtud del antiguo segundo y tercer pilar de la Unión (arts. 9 y 10).

## V. VALORACIÓN DEL TRATADO DE LISBOA

Una vez estudiados los principales ámbitos del Tratado de Lisboa, recapitularemos ahora sus principales modificaciones en relación con el Tratado Constitucional; cambios que, en esencia, mantienen los aspectos sustantivos del mismo aunque sujetos a un velo que elimina o atenúa, a los ojos de los estados, su naturaleza constitucional. No

<sup>993</sup> Según lo dispuesto en el art. 16.4 TUE y en el art. 3.1 del *Protocolo n° 36* anexo al Tratado de Lisboa.

<sup>994</sup> *Vid. Declaración n° 7* anexa al Tratado de Lisboa relativa al apartado 4 del artículo 16 del Tratado de la Unión Europea y al apartado 2 del artículo 238 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, Sección 1, art. 1. La citada Declaración contenía un texto de Decisión que el Consejo adoptaría el mismo día de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa.

<sup>995</sup> *Vid. Declaración n° 7* anexa al Tratado de Lisboa relativa al apartado 4 del artículo 16 del Tratado de la Unión Europea y al apartado 2 del artículo 238 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, Sección 2, art. 4.

obstante, esa supresión formal de las nociones constitucionales que contenía el Tratado Constitucional, no significa que el Tratado de Lisboa carezca materialmente de dimensión constitucional, de la misma forma que en parte ya tenían los anteriores Tratados y que Lisboa refuerza de forma ostensible.

Finalmente, veremos de forma esquemática las principales propuestas relativas al futuro de la Unión, a través del informe elaborado por el Grupo de Reflexión sobre el horizonte 2020-2030, así como las dificultades y retos inmediatos de la Unión, en parte agudizados por la crisis económica y que han conducido, entre otras cosas, a una reforma puntual del Tratado de Lisboa y a la elaboración de un nuevo Tratado intergubernamental sin la participación del Reino Unido y la República Checa.

#### A. Comparativa entre el Tratado de Lisboa y el Tratado Constitucional

No pretendemos hacer en este apartado un análisis detallado entre el Tratado Constitucional y el Tratado de Lisboa; y ello porque en gran medida este estudio se ha ido desarrollando con su propia inercia a lo largo de este Capítulo (aunque sin pretender dotarlo de exhaustividad) y, en la parte relativa a las competencias, se realizará en el Capítulo Cuarto.

De lo anteriormente expuesto y de lo que más adelante veremos, se puede extraer una primera conclusión: el Tratado de Lisboa mantiene la mayoría de las innovaciones introducidas en el frustrado Tratado Constitucional, incorporando en torno al 90% de sus reformas<sup>996</sup>. De hecho, los dos principales cambios que a nuestro juicio introduce Lisboa respecto al Tratado Constitucional no afectarían a los aspectos sustantivos que este último diseñaba, si bien, como veremos, tampoco serían neutros ya que tendrían una fuerte carga simbólica.

Así, de un lado, podemos destacar la diferencia de estructura y forma derivada de que el Tratado de Lisboa introduce las modificaciones en los Tratados existentes (el TUE y el TFUE que sería la nueva denominación del TCE) que se mantienen vigentes y, por tanto, no hay un texto nuevo que derogue a los Tratados anteriores y que sistematice los aspectos constitucionales, los derechos fundamentales, las políticas o las

---

<sup>996</sup> Vid. ALDECOA LUZÁRRAGA, Francisco - GUINEA LLORENTE, Mercedes: *La Europa que viene...*, p. 81.

cláusulas procedimentales (de revisión, ratificación, etc.) como hacía el Tratado Constitucional en cada una de sus respectivas cuatro Partes. Esto implica una pérdida “de la simplificación y la claridad estructural”<sup>997</sup> pues, aunque el modelo resultante está mucho mejor estructurado que el anteriormente vigente, todavía mantiene ciertas incoherencias derivadas del antiguo formato<sup>998</sup>.

De otro lado, son perceptibles a lo largo de todo el articulado de Lisboa, la eliminación de cualquier referencia que pudiera parecer, al menos desde un punto de vista teórico, demasiada próxima al concepto, naturaleza o lenguaje constitucional de la Unión, lo cual no necesariamente modificaría la *praxis* del precepto de que se trate.

En este sentido, Lisboa supone la cristalización de la denominada estrategia del velo por la cual se oculta que el contenido del nuevo Tratado es en realidad similar a lo dispuesto en el Tratado Constitucional, lo que se hace “poniéndole un velo por delante de forma que el Tratado pareciera diferente a primera vista, aunque detrás del velo, tras un detenido análisis, aparecieran las reformas e innovaciones de la Constitución”<sup>999</sup> de forma que “parece que se avanza menos de lo que realmente suponen las reformas introducidas en la Constitución y rescatadas por Lisboa”<sup>1000</sup>.

El ejemplo más destacado de esto sería la eliminación del texto de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión, recogida en la Parte II del Tratado Constitucional y que Lisboa reconduce a una mención genérica en el art. 6 TUE en la que se reconocen los derechos, libertades y principios enunciados por la Carta de los Derechos Fundamentales, a la par que se la dota del mismo valor jurídico que los Tratados. Dicho de otra manera: no se recogen ni en el TUE ni en el TFUE los artículos de la CDF que, como vimos en el Capítulo Segundo, eran uno de los rasgos de mayor caracterización constitucional, pero se la dota de fuerza vinculante y del mismo valor

---

<sup>997</sup> *Ibidem*, p. 78.

<sup>998</sup> Como ejemplo de esto podemos recordar que la PESC se continúa regulando en un Título propio del TUE o la cláusula de flexibilidad del art. 352 TFUE se recoge fuera del Título relativo a las competencias, *vid. ibidem*. Al mismo tiempo, las menciones que se hacen en el texto consolidado del TUE a los firmantes y a la fecha se refieren a los estados firmantes en el momento de la rúbrica del Tratado de Maastricht en 1992 (doce), y lo mismo podría decirse del TFUE cuyas menciones se refieren al Tratado de Roma en 1957 firmado únicamente por los seis estados fundadores; aspectos que difieren del modelo fijado por el Tratado Constitucional.

<sup>999</sup> ALDECOA LUZÁRRAGA, Francisco - GUINEA LLORENTE, Mercedes: *La Europa que viene...*, p. 94.

<sup>1000</sup> *Ibidem*.

jurídico que los Tratados, por lo que la diferencia práctica (no así la simbólica) tampoco sería tanta<sup>1001</sup>.

De igual modo, Lisboa elimina el Preámbulo redactado por el Tratado Constitucional manteniendo los Preámbulos del TUE y del TCE<sup>1002</sup> que estaban pensados en clave de Derecho Internacional; omite la doble legitimación de la Unión emanada de la voluntad de los ciudadanos y de los estados (art. I-1 TC) aunque posteriormente reconoce la doble representación de ciudadanos y estados<sup>1003</sup>; elimina la propia simbología de la Unión (art. I-8 TC); y, sobre todo, suprime la referencia explícita al principio de primacía del Derecho de la Unión (art. I-6), probablemente el velo más característico porque su ausencia no supone, ni de lejos, la eliminación de un principio auténticamente nuclear del modelo institucional de la Unión garantizado por el Tribunal de Luxemburgo y por la propia *Declaración n° 17* anexa al Tratado de Lisboa<sup>1004</sup>.

<sup>1001</sup> No deja de sorprender que el texto de la Carta de los Derechos Fundamentales no se incluya, al menos, en un Protocolo anexo al Tratado de Lisboa, lo que confirma la tesis de que su desaparición “de los Tratados indudablemente borra toda apariencia constitucional que éstos pudieran tener” y “la fórmula de la referencia cruzada impide la visibilidad de la Carta y oculta el compromiso de la Unión con los derechos”, *ibidem*, p. 78.

<sup>1002</sup> Como ya expusimos en su momento, el Preámbulo del Tratado de la Unión Europea incorpora en su considerando segundo un párrafo emanado del Preámbulo del Tratado Constitucional acerca de la inspiración de la herencia cultural, religiosa y humanista de Europa como base de los derechos de la persona, de la libertad, la democracia, la igualdad y el Estado de Derecho.

<sup>1003</sup> *Vid.* el nuevo art. 10.2 TUE que dispone que los ciudadanos estarán directamente representados en la Unión a través del Parlamento Europeo y los estados por sus representantes en el Consejo Europeo (Jefe de Estado o de Gobierno) y Consejo.

<sup>1004</sup> En la ya estudiada sentencia del Tribunal Constitucional alemán sobre el Tratado de Lisboa, el Alto Tribunal parece actuar en relación con la primacía nuevamente con el freno de mano, al reflejar que “con la Declaración núm. 17 relativa a la primacía, aneja al Tratado de Lisboa, la República Federal de Alemania no reconoce una primacía absoluta en términos de validez del Derecho de la Unión que plantearía objeciones desde el punto de vista del Derecho constitucional, sino que confirma exclusivamente la situación del derecho vigente conforme a la interpretación dada por el Tribunal Constitucional Federal. No es pertinente la alegación del recurrente [...] según la cual, con la aprobación del Tratado de Lisboa, la primacía “ilimitada” del Derecho adoptado por los órganos de la Unión sobre el Derecho de los Estados miembros, tal como estaba prevista en el fracasado Tratado Constitucional, pasaría a formar parte, de hecho, del contenido del Tratado y con ello, en definitiva, se estaría concediendo una inadmisibile primacía de validez propia de un Estado federal, que incluso permitiría la derogación del Derecho constitucional de los Estados miembros que le sea contrario. Tampoco es pertinente la presunción de que, en razón de las nuevas competencias extendidas a todos los ámbitos, el Tribunal Constitucional Federal prácticamente ya no podría controlar el respeto del principio de atribución de competencias por parte de la Unión Europea ni los consiguientes efectos jurídicos para Alemania, y ya no sería posible preservar la sustancia de la identidad constitucional y de la protección alemana de los derechos fundamentales”, sentencia de 30 de junio de 2009, apartado 331. Además, “dado que se mantiene la primacía establecida en virtud de una autorización jurídico constitucional (emanada de la ley alemana que autoriza la ratificación del Tratado), los valores contenidos en el art. 2 TUE-Lisboa, cuyo carácter jurídico no requiere ser aclarado aquí, tampoco pueden tener prelación de rango sobre la identidad constitucional de los Estados miembros [...]”, *ibidem*, apartado 332.



En sentido similar, podríamos citar diversas muestras dispersas a lo largo del TUE y del TFUE reformados por Lisboa: el cambio de denominación de órganos como el Ministro de Asuntos Exteriores de la Unión (art. I-28 TC) que pasa a ser el Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad (art. 18 TUE), la introducción de continuos incisos destinados a poner en valor el papel nuclear de los estados, como en el ámbito de las competencias<sup>1005</sup>, la eliminación de la nueva denominación dada a los actos legislativos por el Tratado Constitucional (art. I-33 TC) o la supresión de los títulos contenidos en cada artículo que resumían el contenido de cada disposición de las Partes I, II y IV. Casos todos ellos que no alteran el contenido aunque sí su significación. Por ello, podría decirse que “el Tratado Constitucional se redactó pensando que tenía que ir dirigido a los ciudadanos, el Tratado de Lisboa, por el contrario, va dirigido a los Estados”<sup>1006</sup>.

Por tanto, podría decirse que Lisboa adopta un perfil bajo derivado del interés por parte de los gobiernos de los estados miembros en omitir sus rasgos constitucionales, al menos explícitamente, para facilitar el proceso de ratificación del mismo. De esta manera, se pierde en visibilidad y explicitación política, ya que se “sacrifica la forma constitucional y sus virtudes para salvar el contenido de las reformas, considerando que la modestia de la apariencia posibilitará la ratificación y la vigencia”<sup>1007</sup>, como así ha sido, ya que de otra forma, posiblemente todavía estaríamos aplicando el Tratado de Niza.

## B. La constitucionalidad del Tratado de Lisboa

En el Capítulo Segundo analizamos la adecuación del Tratado Constitucional a los principales parámetros que, conforme a nuestra concepción constitucional, utilizamos para configurar la Constitución. La respuesta, desde una óptica amplia y prescindiendo

<sup>1005</sup> Vid. art. 4.1 TUE que reitera el principio de atribución posteriormente definido en el art. 5 TUE; art. 6 TUE relativo a que la Carta de los Derechos Fundamentales y la adhesión al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales no ampliarán las competencias de la Unión, o el inciso final al art. 2.2 TFUE relativo a las competencias compartidas, por el cual “los Estados miembros ejercerán de nuevo su competencia en la medida en que la Unión haya decidido dejar de ejercer la suya”.

<sup>1006</sup> ALDECOA LUZÁRRAGA, Francisco - GUINEA LLORENTE, Mercedes: *La Europa que viene...*, p. 77.

<sup>1007</sup> *Ibidem*, p. 79. De hecho, podría decirse que la estrategia del velo presentaría para los profesores Aldecoa y Guinea dos efectos contradictorios: por un lado, ha resultado útil para poder salvar las reformas de la Constitución y permitir que la Unión pueda funcionar más democrática y eficazmente; por otro lado, ahonda en el problema de la construcción de Europa alejada de los ciudadanos, no explicitando la naturaleza de la Unión, *vid. ibidem*, pp. 95-96.

de la no necesaria vinculación entre Estado y Constitución, permitía considerar a dicho Tratado Constitucional como una Constitución, dotada de singularidades derivadas del propio proceso de construcción europea y en el que, efectivamente, todavía pervivían rasgos próximos al Derecho Internacional como la cláusula de retirada o el procedimiento de revisión.

No pretendemos ahora volver a estudiar detenidamente estos parámetros, puesto que ya hemos visto cuáles son las principales diferencias del Tratado de Lisboa en relación con el Tratado Constitucional, de las que se puede concluir que entre ambos hay una ligazón directa en el que Lisboa acoge el 90% de las aportaciones de la frustrada Constitución Europea. Por ello podemos utilizar idéntica argumentación y llegar a la misma conclusión con Lisboa (incorporando algunos matices) que hacíamos en relación con el Tratado Constitucional: estaríamos ante “una Constitución Europea sin nombre”<sup>1008</sup>. Y ello porque “las razones que entonces valían para afirmar su carácter constitucional siguen siendo de aplicación hoy día, teniendo en cuenta que los contenidos del Tratado Constitucional se preservan y las funciones que este desempeñaba las realiza también el Tratado de Lisboa”<sup>1009</sup> con independencia de que no incluya la denominación Constitución en su texto.

Es cierto que desde un punto de vista formal el Tratado de Lisboa aplica el velo del que ya hemos hablado, omitiendo en la terminología y el lenguaje cualquier referencia a la nomenclatura Constitución, a lo que habría que añadir la eliminación de la apuesta que el Tratado Constitucional representaba por un texto único que derogaba a los anteriores Tratados, cosa que Lisboa olvida y mantiene la base del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de la Comunidad Europea redenido como Tratado de Funcionamiento<sup>1010</sup>. Del mismo modo, el proceso de elaboración del Tratado de Lisboa, como tuvimos ocasión de estudiar, fue marcadamente intergubernamentalista, si bien este método se utilizó precisamente en parte para salvar la mayor parte de los avances del propio Tratado Constitucional evitando abrir nuevas polémicas. Además, los procedimientos de revisión y la cláusula de retirada de la Unión, obedecen más a la

---

<sup>1008</sup> *Ibidem*, p. 265.

<sup>1009</sup> *Ibidem*, p. 266.

<sup>1010</sup> Enzensberger, combinando crítica e ironía, dice que el Tratado de Lisboa “se caracteriza por un lenguaje que plantea dificultades francamente insalvables hasta al mejor intencionado de los ciudadanos europeos. Se asemeja a una alambrada infranqueable”, ENZENSBERGER, Hans Magnus: *El gentil...*, p. 16.

óptica intergubernamental que a la constitucional; de todas formas, la formulación que hacía el Tratado Constitucional en estos ámbitos también tenía esta naturaleza.

No obstante, desde un punto de vista sustantivo, los parámetros de constitucionalidad que entonces utilizábamos y considerábamos que el Tratado Constitucional cumplía, como la separación de poderes, la protección de los derechos fundamentales, el imperio del Derecho, el principio democrático o incluso el establecimiento de un modelo territorial de división del poder, también podemos entender que se ven satisfechos ahora<sup>1011</sup>; y ello a pesar de alguna ausencia notable como el texto de la Carta de los Derechos Fundamentales, si bien como ya expusimos, el art. 6 TUE le otorga el mismo valor jurídico que a los Tratados, incluyendo también la base jurídica para que la Unión se adhiera al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

En este sentido, como expone Camisón Yagüe, “el hecho de que la Unión Europea posee una “constitución” es algo que, a estas alturas del proceso de integración, ya casi nadie pone en duda. Dicha constitución es, sin embargo, distinta a la de sus Estados miembros, pero no por ello deja de ser una constitución, al menos en el sentido substancial del término”<sup>1012</sup>. Así, a pesar de la formalización jurídica de Lisboa como Tratado Internacional modificativo de los Tratados existentes y de elementos intergubernamentalistas como el mecanismo de revisión, no existe un obstáculo insalvable para su configuración como Constitución<sup>1013</sup>. Por consiguiente, podemos concluir que Lisboa tiene, a nuestro juicio, una verdadera dimensión constitucional, al menos en el sentido material (sobre todo en el TUE y en algunos aspectos del TFUE, como los relativos a las competencias o a las disposiciones de carácter general), lo que en sí mismo ya propicia una valoración positiva<sup>1014</sup>.

---

<sup>1011</sup> No compartimos, por tanto, el planteamiento expuesto por Enzensberger conforme al que en la Unión Europea “la división de poderes está suspendida”, *ibidem*, p. 79.

<sup>1012</sup> CAMISÓN YAGÜE, José Ángel: “La Sentencia...”, p. 99.

<sup>1013</sup> Elementos intergubernamentales o *iusinternacionalistas* que también se daban en el frustrado Tratado Constitucional, como el procedimiento de revisión o la cláusula de retirada voluntaria. Es verdad que el Tratado Constitucional era un texto que derogaba los Tratados anteriores y se había adoptado en base a un proyecto elaborado por una Convención Europea que, *lato sensu*, podría interpretarse como su asamblea constituyente; ahora bien, la ausencia de Convención en el Tratado de Lisboa es un elemento que lo aleja de los ciudadanos y lo hace menos transparente, pero no le impide ser constitucional.

<sup>1014</sup> Debe recordarse, como expusimos en el Capítulo Primero, que el Tribunal de Justicia ya había configurado a los Tratados comunitarios como la Constitución material de la Unión hace veinticinco años en la importante sentencia *Los Verdes* de 1986.

El Tratado de Lisboa, conforme a nuestra concepción constitucional expuesta en el Capítulo Primero, podría entenderse como Constitución porque, en primer lugar, mantiene la mayor parte de los elementos fundamentales del Tratado Constitucional, aunque con la paradoja de que lo que no se recoge es ni su estructura ni su nombre; y en segundo lugar, después de la reforma emanada del Tratado de Lisboa, los Tratados son una Constitución desde el punto de vista funcional, ya que desarrollan la función de una Constitución, limitando el poder y organizando el funcionamiento de la organización política que regulan<sup>1015</sup>. Esto queda patente con la mejora del imperio del Derecho y la protección de los derechos y libertades dotando a la Carta de fuerza jurídica y facilitando la adhesión de la Unión al CEDH, con un poder que se mantiene disperso (incluso más disperso) incrementando las posibilidades de actuación de las instituciones europeas así como sus mecanismos de control, y se mejora el carácter democrático de la Unión con el consiguiente fortalecimiento del Parlamento Europeo y la generalización del procedimiento legislativo ordinario (antigua codecisión).

Así pues, como decíamos del Tratado Constitucional, puede admitirse que el Tratado de Lisboa, con todos los matices y peculiaridades que hemos estudiado, tenga verdadera carta de naturaleza constitucional: su contenido lo confirma, mientras que su forma como Tratado Internacional no lo impide, aunque tampoco lo facilita; en todo caso, para ello debemos efectuar un análisis libre de algunos prejuicios, cada vez menos numerosos, como el de la tradicional correspondencia entre Estado y Constitución.

De hecho, como decía el Consejo Europeo de junio de 2007, “se ha abandonado el concepto constitucional, que consistía en derogar todos los tratados vigentes y sustituirlos por un texto único denominado “Constitución”. El Tratado de reforma introducirá en los Tratados existentes, que seguirán en vigor, las innovaciones resultantes de la CIG de 2004, con arreglo a las precisiones que figuran a continuación”<sup>1016</sup>. Es decir, el propio Consejo Europeo reconoce que Lisboa cede en la forma para mantener la sustancia de la Conferencia Intergubernamental de 2004 que adoptó el Tratado Constitucional. Por consiguiente, el resultado emanado del Tratado de

---

<sup>1015</sup> Vid. ALDECOA LUZÁRRAGA, Francisco - GUINEA LLORENTE, Mercedes: *La Europa que viene...*, p. 265. De todas formas, y aun a riesgo de ser reiterativos, conviene aclarar que, desde nuestro punto de vista Lisboa fortalece esa dimensión constitucional de la Unión, lo que no significa que no existiera antes.

<sup>1016</sup> *Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo*, 21 y 22 de junio de 2007, Anexo I, Observaciones Generales.

Lisboa (el TUE reformado y el nuevo TFUE) supone la renuncia al concepto formal de Constitución, al tiempo que continúa siendo materialmente Constitución conforme a los parámetros expuestos en el Capítulo Primero y las aportaciones de naturaleza constitucional que derivan del Tratado Constitucional<sup>1017</sup>; o, como ha manifestado el Parlamento Europeo “el hecho mismo de que se haya rechazado el intento de formalizar este concepto material significa que no se ha querido dotar a la Unión de una “constitución” en el sentido formal o solemne”<sup>1018</sup>. Por tanto, coincidimos con el profesor Haberle cuando afirma que “desde un punto de vista material los dos nuevos Tratados son, en gran parte, una «Constitución» o, por decirlo con mayor precisión, una «Constitución *parcial*» y, desde ese punto de vista sustancial, la comunidad constitucional de la Unión Europea vive y experimenta su realidad también después de 2007 (y 2009) como una «realidad constitucional»”<sup>1019</sup>.

Ahora bien, no podemos negar que “el abandono de la forma constitucional para rescatar el contenido ha tenido como consecuencia que el carácter político y constitucional quede incompleto, no explicitado”<sup>1020</sup>, lo que implica, en última instancia, que el ciudadano europeo no tenga la percepción de que el Tratado de Lisboa es la Constitución de la Unión, del mismo modo que su Constitución nacional lo es del Estado en cuestión<sup>1021</sup>.

<sup>1017</sup> Para un análisis de los elementos de constitucionalidad material de la Unión a la luz del Tratado de Lisboa, *vid.* PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos (coordinador): *Código Constitucional de la Unión Europea*, Santiago de Compostela, Andavira, 2011. Esta obra coordinada por el profesor Pereira Menaut repasa la constitucionalidad material de la UE allí donde se encuentra; es decir, como analizamos en el Capítulo Primero de esta tesis doctoral, no sólo estaría en los Tratados sino también en la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo y de los altos tribunales estatales o incluso en las constituciones nacionales y estatutos de autonomía (o análogos) de las entidades subestatales de dichos estados miembros.

<sup>1018</sup> *Informe sobre el Tratado de Lisboa*, Comisión de Asuntos Constitucionales del Parlamento Europeo, 29 de enero de 2008, p. 19.

<sup>1019</sup> HÄBERLE, Peter: “El Tratado de reforma de Lisboa de 2007”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 9, (2008), p. 13.

<sup>1020</sup> ALDECOA LUZÁRRAGA, Francisco - GUINEA LLORENTE, Mercedes: *La Europa que viene...*, p. 267.

<sup>1021</sup> *Vid. ibidem*. En sentido similar, Häberle considera que “la renuncia al término «Constitución», que figuraba en tantos pasajes del Tratado constitucional de 2004, y que supuesta o realmente «asustaba» a muchos ciudadanos europeos, porque se vinculaba psicológicamente a la noción de «Estado» (que a nivel de la UE es un «tabú», al igual que la idea de una «Europa federal») es un gran retroceso. Se infravalora la fuerza cultural integradora del concepto multifuncional de «Constitución» y, especialmente, su significado como símbolo de la comunidad (unión) ciudadana europea”, HÄBERLE, Peter: “El Tratado...”, p. 13.

### C. Los efectos del velo de Lisboa en el modelo federal de la Unión Europea

De la misma forma que en el anterior apartado abordábamos los rasgos constitucionales que se podían encontrar en el Tratado de Lisboa, ahora haremos lo mismo, también de modo sintético, con sus elementos de naturaleza federal o federalizante. Para ello, partimos de lo ya expuesto en el Capítulo Segundo acerca del federalismo intergubernamental consagrado por el Tratado Constitucional que, a su vez, recogía elementos federalizantes que ya funcionaban en la *praxis* cotidiana de la Unión aunque evitando la utilización expresa del término federal.

En este sentido, debemos partir del estudio que Lisboa da a cuatro ámbitos fundamentales para poder determinar el *quantum* de dimensión federal resultante: 1) la arquitectura o dimensión institucional, que prevé la existencia de mecanismos por los que se canaliza la participación de los entes estatales en la federación, y viceversa, así como un órgano jurisdiccional encargado de resolver los conflictos que puedan surgir; 2) el sistema jurídico, integrado por principios básicos como la primacía, la lealtad federal o la vigilancia federal; 3) el sistema de competencias y el principio de subsidiariedad; y 4) los aspectos formales o procedimentales que tienden a dificultar o crear confusión sobre la propia dimensión federal de la Unión.

1) En cuanto a la arquitectura institucional el Tratado de Lisboa mantiene, como hemos visto, el cuadro general diseñado por el Tratado Constitucional. De esta forma, el art. 10 TUE consagra expresamente la doble legitimidad de la Unión típica de los modelos federales: el Parlamento Europeo representa directamente a los ciudadanos y el Consejo Europeo/Consejo a los estados miembros. Es cierto que el Tratado de Lisboa omite la mención que el art. 1 del Tratado Constitucional hacía de una Unión nacida de la voluntad de ciudadanos y estados que ejercía sus competencias de modo comunitario, de forma que podría decirse que la doble legitimidad en el origen de la Unión desaparece en el plano formal como una manifestación del velo lisboeta; pero también es verdad que el art. 10 “refleja y lleva a la práctica la doble legitimidad de la Unión, de Estados y de ciudadanos, aunque esta doble legitimidad haya sido «velada» en el Tratado de Lisboa al desaparecer la doble legitimidad del art. 1”<sup>1022</sup>.

<sup>1022</sup> ALDECOA LUZÁRRAGA, Francisco - GUINEA LLORENTE, Mercedes: *La Europa que viene...*, p. 171.

En este sentido resultan ilustrativos los arts. 14 y 16 TUE que proclaman como regla general el ejercicio conjunto de la función legislativa por el Parlamento Europeo y el Consejo, lo que irá acompañado de la generalización de la antigua codecisión como procedimiento legislativo ordinario; además, la toma de decisiones en el Consejo se hará habitualmente por mayoría cualificada a partir de ahora, lo que atenuaría la característica unanimidad propia de un modelo *iusinternacionalista*. Al mismo tiempo, la propia configuración de la mayoría cualificada sobre la base de una doble mayoría de estados y de población (art. 16.4 TUE), refuerza el componente federal de la misma.

Además, Lisboa hace expresa la necesidad de que se tengan en cuenta los resultados de las elecciones al Parlamento Europeo a la hora de elegir al Presidente de la Comisión (art. 17.7 TUE), lo que contribuye a fortalecer la relación entre el Parlamento y la Comisión, si bien el margen del Parlamento para nombrar o cesar al Presidente de la Comisión, aunque formalmente se garantiza, tiene una incidencia práctica limitada, bien porque la propuesta ha de venir del Consejo Europeo en el primer caso, o por las mayorías que se precisan en el segundo (art. 234 TFUE).

En cuanto a las nuevas figuras del Presidente del Consejo Europeo y el Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad, podría decirse que serían a nuestro juicio claros ejemplos del federalismo intergubernamental de la Unión: se crean para dar estabilidad y eficacia a la Unión, si bien su elección sigue parámetros intergubernamentales con un papel prácticamente inexistente del Parlamento Europeo (arts. 15.5 y 18.1 TUE), y su funcionamiento podría ayudar a comunitarizar órganos intergubernamentales (como el Consejo) pero también podría servir de acicate para intergubernamentalizar ámbitos hasta entonces comunitarizados (como la Comisión). En este sentido, la denominación de Alto Representante en lugar de Ministro de Asuntos Exteriores, pero manteniendo la misma naturaleza, funciones y procedimiento de elección, es una muestra del velo introducido por el Tratado de Lisboa que en este caso concreto tendría por objeto tapar las connotaciones constitucionales y federales que el término “Ministro” podía suponer.

Paralelamente, el órgano encargado de resolver los conflictos entre la Unión y los estados sería el Tribunal de Justicia. Tribunal que no varía su naturaleza con el Tratado de Lisboa, pero refuerza su capacidad de control jurisdiccional en campos hasta

entonces vedados como los actos emanados del Consejo Europeo (art. 263 TFUE), el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia e, incluso, en algunos ámbitos puntuales de la Política Exterior y de Seguridad Común<sup>1023</sup>.

2) En cuanto al sistema jurídico, el Tratado de Lisboa mantiene la vigencia de principios de naturaleza claramente federal, si bien hay una variación importante en relación con el Tratado Constitucional: Lisboa elimina el art. I-6 TC que recogía explícitamente el principio de primacía del Derecho de la Unión, lo que representa uno de los más característicos ejemplos del velo, ya que no altera en la práctica el funcionamiento de este principio consagrado por el Tribunal de Justicia, tal como reconoce la propia *Declaración n° 17* anexa al Tratado de Lisboa.

Lisboa mantiene principios ya vigentes en los Tratados anteriores, como el de subsidiariedad y proporcionalidad, que ahora se refuerzan a través de distintos instrumentos que examinaremos en el Capítulo Cuarto, entre los que destaca el sistema de alerta temprana (arts. 5.3 y 5.4 TUE y *Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad*). Lo mismo podría decirse del principio de efecto directo de los reglamentos (art. 288 TFUE sobre la base del art. 249 TCE), del principio típicamente federal de cooperación leal, parcialmente presente en el art. 10 TCE y que ahora se recoge expresamente en su doble dimensión UE/estados (art. 4.3 TUE), de los principios de cohesión económica, social y territorial (arts. 174-178 TFUE) o del principio de vigilancia federal, en el que la Comisión asume un papel protagonista (art. 258 TFUE). En todos estos casos, estamos ante principios de naturaleza federal o federalizante que ya operaban con anterioridad a Lisboa.

Paralelamente, en el ámbito de la seguridad, Lisboa recoge tres cláusulas novedosas ya estudiadas en su momento, dotadas de una dimensión y espíritu federal y que contribuyen a explicitar la naturaleza política de la Unión: la cooperación estructurada permanente en materia de defensa (art. 41.6 TUE); la cláusula de asistencia mutua (art. 41.7 TUE) y la cláusula de solidaridad (art. 222 TFUE).

---

<sup>1023</sup> Vid. arts. 276 y 275 TFUE.



3) En lo que respecta al sistema de competencias, ámbito que se analizará pormenorizadamente en el Capítulo Cuarto, Lisboa hereda las principales aportaciones realizadas por el Tratado Constitucional. Por tanto ahora sólo apuntaremos tres consideraciones generales.

El sistema de distribución vertical de competencias entre la UE y los estados se sustenta en el principio de atribución: el nivel federal (en este caso la Unión) tendría solamente las competencias que los estados le hayan atribuido (art. 5 TUE), mientras que el resto corresponderían al nivel estatal a modo de una competencia de principio similar a la de los Estados Unidos o Alemania.

Del mismo modo, la acción de la Unión se referirá fundamentalmente al ámbito normativo. Es decir, Lisboa mantiene el principio general de que la ejecución estaría en manos de los estados con alguna excepción en la que se haría directamente por la Comisión (como el Derecho de la competencia). Al tiempo, se establecen de forma expresa diversos grados e intensidades de intervención de la Unión que irán ligadas a la operatividad de los principios de subsidiaridad (no en el caso de las competencias exclusivas de la Unión) y de proporcionalidad.

Paralelamente, el modelo competencial es cada vez más directo, correspondiendo a la Unión, paso a paso, más campos sustantivos y propios del nivel federal: la política monetaria de los estados de la zona euro, o la comunitarización del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (es decir, *lato sensu*, de las políticas de interior), si bien el ámbito de las relaciones exteriores (tradicionalmente propio del nivel federal) sigue siendo intergubernamental y de base estatal. Por tanto, existe una asimetría en el modelo que Lisboa refuerza flexibilizando la utilización de las cooperaciones reforzadas incluso en el ámbito de la defensa.

4) Finalmente, habría que atender a otros ámbitos contenidos en el Título VI del TUE, en principio de carácter formal, pero no exentos de sustancia a la hora de determinar ese *quantum* de federalización.

De estos ámbitos, probablemente el más relevante sería el procedimiento de revisión previsto en el art. 48 TUE. Procedimiento que mantiene la necesidad de

aprobación y ratificación unánime, lo que da un sesgo marcadamente intergubernamental y, en una Unión a veintisiete, no facilita posibles modificaciones; no obstante, el art. 48 introduce, respecto a la regulación anterior, tres novedades que de alguna manera tendrían una naturaleza federalizante: se prevé la iniciativa de reforma por parte del Parlamento Europeo, representante directo de los ciudadanos; se institucionaliza la Convención en los procesos de modificación de los Tratados, y con ello la participación en dichos procesos del Parlamento Europeo y de los Parlamentos Nacionales; y se prevé un procedimiento de revisión simplificado que aligera el complejo mecanismo de reforma aunque mantiene la unanimidad.

En sentido contrario, la redacción final dada por Lisboa al art. 48.2 TUE introduce la posibilidad de que, a través de la reforma de los Tratados, se puedan reducir las competencias atribuidas a la Unión en los mismos, lo que constituiría un inciso destinado a fortalecer el peso de los estados y, por tanto, con un marcado carácter intergubernamental. Paralelamente, la cláusula de retirada voluntaria (art. 50 TUE) concebida de forma unilateral, tendría una naturaleza marcadamente intergubernamental, si bien su operatividad práctica y la forma en que, llegado el caso, habría de ejercitarse, la hacen poco viable.

Por otro lado, Lisboa consagra la personalidad jurídica de la Unión (art. 47 TUE), lo que implica la desaparición de la estructura de pilares, al tiempo que se prevé la necesaria aprobación del Parlamento Europeo en los procedimientos de adhesión de nuevos estados a la UE (art. 49 TUE). Ambos preceptos, por tanto, tendrían un sesgo federalizante.

En definitiva, el Tratado de Lisboa representa la solución de consenso que ha permitido salvar la sustancia de las reformas introducidas por el Tratado Constitucional. Por ello, a pesar del velo que muchas veces dificulta la aprehensión de su verdadera sustancia constitucional y federal, este Tratado dota a la Unión de una naturaleza claramente política en lo que podría concebirse como “una mezcla de federalismo e intergubernamentalismo, pero a través de soluciones concretas a los problemas planteados, toda vez que ésta es la característica del modelo de federalismo

intergubernamental”<sup>1024</sup>, manteniendo un equilibrio entre el método federal de integración y la cooperación intergubernamental, que a su vez se institucionaliza y se incorpora al propio modelo con la desaparición de la estructura de pilares.

De todas formas, la crisis económica y financiera global que está afectando de lleno a Europa, puso de manifiesto la ausencia de una unión política en el ámbito económico. Es decir, la coordinación de políticas económicas prevista en el art. 5 TFUE estaba lejos de constituir una verdadera gobernanza económica de la Unión y, por tanto, en este ámbito de capital importancia en la actualidad, no puede decirse que el Tratado de Lisboa tenga una naturaleza federal.

En este sentido, el antiguo Ministro alemán de Asuntos Exteriores, Joschka Fischer, apunta que Europa tiene tres alternativas:

“Una es seguir improvisando, como hasta ahora; el resultado será agravar y prolongar la crisis. Otra, eliminar la unión monetaria, lo que significaría el fin del proyecto europeo y el inicio de un caos ingobernable. La tercera opción sería que Europa avance en la dirección de una integración económica y política efectiva; pero los líderes actuales no se atreven porque no creen que la opinión pública interna les dé el apoyo necesario. De modo que todo indica que la respuesta será una combinación de las primeras dos opciones. Más tarde, cuando el proyecto europeo esté a medio naufragar, puede que llegue la hora del federalismo. Pero la palabra clave es “puede”: también puede ocurrir que Europa se hunda en el abismo”<sup>1025</sup>.

Análisis que podría considerarse aproximado a la realidad ya que, a día de hoy, la respuesta de la Unión Europea (entendida para este caso como suma de instituciones europeas y estados miembros) ha sido y, en parte, continúa siendo bastante errática. Basta sólo con recordar algunos ejemplos: se crea un mecanismo estable de rescate y se

---

<sup>1024</sup> ALDECOA LUZÁRRAGA, Francisco: “Una Europa”..., p. 146.

<sup>1025</sup> FISCHER, Joschka: “Salidas para Europa”, *El País*, 13 de septiembre de 2011, p. 27. El autor hace un paralelismo entre la Confederación emanada de la independencia de las trece colonias americanas anterior a la Constitución de 1787 y la Unión Europea: “A lo largo de la historia, las confederaciones nunca funcionaron, porque dejan en el aire la cuestión de la soberanía. Estados Unidos es un buen ejemplo: obtenida la independencia, las colonias se integraron en una unión, regida por los Artículos de la Confederación, en la que conservaban cierta autonomía. Pero como resultó un fracaso financiero y económico, tuvieron que adoptar un sistema federal. La situación que afronta en la actualidad Europa es casi idéntica, excepto que las condiciones históricas para una mayor integración son mucho más complejas y difíciles”, *ibídem*.

reforma el Tratado de Lisboa para ello, pero se retrasa su operatividad<sup>1026</sup> y el propio mecanismo de estabilidad tiene que ser revisado al poco tiempo; se toman medidas para reducir drásticamente el déficit por los diferentes estados de la Unión pero paralelamente no se llega a un consenso en relación con un instrumento fundamental común como la emisión de los *eurobonos*<sup>1027</sup>; se tarda en avanzar en la consecución de una política fiscal y presupuestaria a nivel del conjunto de la Unión (lo que indirectamente debilitó la posición en los mercados financieros de algunos de los estados miembros) y finalmente se aprueba un Tratado intergubernamental en este ámbito del que se descuelga el Estado donde se encuentra la principal plaza financiera de Europa, mientras la Comisión ponía en marcha una propuesta de tasa sobre las transacciones financieras en la Unión Europea<sup>1028</sup>.

#### D. El futuro del Tratado de Lisboa

El mismo Consejo Europeo que rubricó el Tratado de Lisboa, en diciembre de 2007, acordó crear, a partir de una propuesta del Presidente francés Sarkozy, un Grupo de

<sup>1026</sup> De hecho, no sería hasta la aprobación por el *Bundestag* alemán el 29 de septiembre de 2011 cuando este segundo rescate tendría el camino despejado para poder aplicarse, debido a su importancia cualitativa en la posición que habrían de adoptar el resto de Parlamentos Nacionales.

<sup>1027</sup> Los *eurobonos* serían un mecanismo destinado a emitir deuda común garantizada por todos los estados de la *eurozona* en caso de impago con el objetivo de mejorar la capacidad de resistencia frente a los mercados. Alemania sistemáticamente se ha negado a activar esta posibilidad, con el argumento de que tendría asumir en diez años unos costes adicionales situados entre los 20.000 y los 25.000 millones de euros, *vid. El País*, 22 de agosto de 2011, p. 18. Ante el nuevo rechazo de la Canciller Merkel a los *eurobonos* en el Congreso de su partido celebrado el 14 de noviembre de 2011, el Presidente de la Comisión Europea presentó el 23 de noviembre el *Libro Verde sobre la viabilidad de la introducción de los bonos de estabilidad* (COM(2011) 818 final). El documento implica un salto cualitativo hacia la creación de los *eurobonos* o bonos de estabilidad, al plasmarse por primera vez en un documento de la Comisión tres fórmulas de mutualización de la deuda europea. El tipo de *eurobono* más sencillo, que no implicaría la reforma del Tratado de Lisboa, supondría una sustitución parcial de la deuda nacional por *eurobonos*, lo que permitiría una emisión conjunta ajustada a las necesidades globales, aunque en este caso los bonos de estabilidad no tendrían la garantía solidaria de los demás estados, sino que cada Estado garantizaría su parte. Los otros dos tipos implicarían la reforma del Tratado de Lisboa, lo que dilataría su puesta en marcha, especialmente del artículo 125 TFUE, que prohíbe a los estados miembros asumir las deudas de otros. Así, el modelo más ambicioso aspiraría a la sustitución de todos los bonos nacionales por los bonos de estabilidad, lo que llevaría consigo que la emisión de estos títulos tendría la garantía solidaria de todos los estados miembros. La segunda alternativa conllevaría una sustitución parcial de los bonos nacionales por bonos de estabilidad de forma que la deuda que no llegue al 60% del PIB de un Estado sería emitida en forma de *eurobonos* con garantía solidaria de todos los miembros, mientras que el resto de deuda que supere 60% la emitirían directamente los estados a través de bonos nacionales que solo tendrían garantía nacional.

<sup>1028</sup> *Vid.* propuesta de *Directiva COM (2011) 594 final*, presentada al Parlamento Europeo el 28 de septiembre de 2011; la tasa se aplicaría a partir del año 2014 y según los cálculos de la Comisión permitiría recaudar 57.000 millones de euros anuales aplicándose a las compraventas de bonos y acciones que se gravarían con un tipo del 0,1% del valor de la transacción y a las operaciones con productos derivados con un tipo del 0,01%. El objetivo es que el impuesto afecte sólo a las operaciones en que participen entidades financieras, que soportarían el 85% del mismo.

Reflexión independiente sobre el horizonte 2020-2030 “a fin de contribuir a que la Unión se anticipe y responda a los desafíos más eficazmente a largo plazo”<sup>1029</sup>.

El Grupo, partiendo de los desafíos que figuran en la Declaración de Berlín de 25 de marzo de 2007, tendría como objetivos “determinar las cuestiones y las evoluciones fundamentales a los que tendrá que responder probablemente la Unión y a analizar de qué modo se les puede hacer frente”<sup>1030</sup>, destacando en particular los siguientes aspectos: “el fortalecimiento y la modernización del modelo europeo de éxito económico y responsabilidad social, la mejora de la competitividad de la UE, el Estado de derecho, el desarrollo sostenible como uno de los objetivos principales de la Unión Europea, la estabilidad mundial, las migraciones, la energía y la protección del clima así como la lucha contra la inseguridad mundial, la delincuencia internacional y el terrorismo”<sup>1031</sup>. Además, se incide en que “debe prestarse particular atención a los modos de entrar mejor en contacto con los ciudadanos y responder a sus expectativas y necesidades”<sup>1032</sup>.

No obstante, el papel del Grupo de Reflexión se vería muy limitado porque el Consejo Europeo haría tres exclusiones expresas de ámbitos en los que no podría entrar que, además, eran campos de especial trascendencia. De esta forma, “el Grupo llevará a cabo sus reflexiones en el marco fijado en el Tratado de Lisboa. No tratará por consiguiente de aspectos institucionales. Tampoco, dado su carácter a largo plazo, deberán constituir sus análisis un examen de las actuales políticas ni referirse al próximo marco financiero de la Unión”<sup>1033</sup>.

El Grupo estaría presidido por el antiguo Presidente del Gobierno español Felipe González<sup>1034</sup>, terminando su informe en mayo de 2010 con el fin de presentarlo en la sesión del Consejo Europeo de junio de 2010<sup>1035</sup>. En dicho informe, el Grupo de Reflexión hace un análisis y diagnóstico de la situación en la que actualmente se encuentra la Unión Europea, en un contexto muy diferente al que había a inicios del

---

<sup>1029</sup> *Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo*, Bruselas, 14 de diciembre de 2007, punto 8.

<sup>1030</sup> *Ibidem*.

<sup>1031</sup> *Ibidem*.

<sup>1032</sup> *Ibidem*.

<sup>1033</sup> *Ibidem*, punto 9.

<sup>1034</sup> Estaría asistido por dos vicepresidentes y compuesto por un máximo de nueve miembros seleccionados en toda la Unión en función de sus méritos, *vid. ibidem*, punto 11.

<sup>1035</sup> *Ibidem*, punto 13.

presente siglo cuando tomaba cuerpo el proceso de constitucionalización, ya que la ampliación de la Unión<sup>1036</sup>, la entrada en vigor del Tratado de Lisboa con sus innovaciones y, sobre todo, la crisis económica y financiera global, contribuyen a que hablemos de otro escenario distinto.

Por ello, el Grupo de Reflexión determina una serie de necesidades prioritarias de la Unión, entre las que destacan, en un momento que ya estaba mediatizado por la crisis, aquéllas de naturaleza económica<sup>1037</sup>. Así, apunta como necesario “desarrollar sin dilación la gobernanza económica que nos falta para evitar los choques asimétricos derivados de la coexistencia de una moneda única y un mercado interior con distintas políticas económicas”<sup>1038</sup>, al tiempo que “urge la reforma del funcionamiento de las instituciones financieras y de sus mecanismos de vigilancia y control”<sup>1039</sup>, así como “reforzar el Mercado Único para protegerlo contra las tentaciones del nacionalismo económico y ampliarlo a los servicios, la sociedad digital y otros sectores”<sup>1040</sup>. Acciones que “deben acompañarse de una mayor coordinación fiscal”<sup>1041</sup> y para las que no sería necesario modificar el Tratado de Lisboa, sino explorar y aplicar al máximo sus posibilidades<sup>1042</sup>, a la par que “el Consejo Europeo y el Eurogrupo tienen que reforzar su papel de liderazgo para conseguir las metas propuestas, en coordinación con la Comisión y en sintonía con el Parlamento Europeo”<sup>1043</sup>.

<sup>1036</sup> La Unión Europea ha pasado en este período de contar con quince estados miembros a tener veintisiete, siendo éste un proceso abierto, como demuestra la próxima adhesión de Croacia.

<sup>1037</sup> El Grupo incide también en otros campos, como la lucha contra el cambio climático, el I+D+i, la política energética, el reto demográfico en relación con el estado de bienestar, el mercado de trabajo o el papel de la Unión en el mundo, *vid. Informe al Consejo Europeo del Grupo de Reflexión sobre el futuro de la UE en 2030*, mayo de 2010.

<sup>1038</sup> *Ibidem*, p. 4.

<sup>1039</sup> *Ibidem*, p. 5.

<sup>1040</sup> *Ibidem*, p. 6.

<sup>1041</sup> *Ibidem*.

<sup>1042</sup> En este sentido, el informe “de acuerdo con el mandato recibido, no distingue entre los diferentes niveles competenciales en el seno de la UE ni precisa en cuál de ellos deben adoptarse las decisiones. No importa tanto quién haga qué, como que efectivamente se haga lo que hay que hacer. Y que se haga sin dilación”, *ibidem*.

<sup>1043</sup> *Ibidem*, p. 7. En el fondo creemos que el Grupo de Reflexión formula una crítica a los actuales dirigentes políticos europeos y a la ausencia de un interés europeo que se persiga incluso por encima de los intereses nacionales. En el mismo sentido, el informe continúa afirmando que “necesitamos, pues, aunar fuerzas en torno a la Unión, a través de acuerdos entre las Instituciones y los interlocutores económicos y sociales; y entre los diferentes niveles de poder —nacionales, regionales y locales— que configuran nuestra realidad. Hace falta, sobre todo, un liderazgo claro y resuelto, con una sostenida capacidad de diálogo con la ciudadanía”, *ibidem*.

De hecho, como ya expusimos al hilo del procedimiento de revisión del Tratado de Lisboa, pocos meses después de que se presentara el Informe del Grupo de Reflexión y ante el agravamiento de la situación económica, con continuos ataques al euro en los mercados financieros que pusieron en serio peligro a las economías griega<sup>1044</sup>, irlandesa o portuguesa y en notables dificultades a otras como la española o la italiana, se acordó la que sería primera reforma del Tratado lisboeta para establecer un mecanismo permanente con el que garantizar la estabilidad financiera de la zona del euro en su conjunto. Modificación del Tratado de Lisboa que se llevaría a cabo a través de la *Decisión del Consejo Europeo de 25 de marzo de 2011 que modifica el artículo 136 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en relación con un mecanismo de estabilidad para los Estados miembros cuya moneda es el euro*<sup>1045</sup>, que habría de estar plenamente operativa, una vez ratificada la reforma por todos los estados miembros, a partir del 1 de enero de 2013<sup>1046</sup>; no obstante, la realidad posterior, como veremos en el próximo apartado, llevaría a nuevas modificaciones y al adelanto del funcionamiento de este mecanismo de estabilidad.

En este sentido, la situación actual de la Unión Europea se puede calificar, pese a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, de confusa. La crisis económica y financiera ha demostrado que en temas fundamentales, la UE no está tan integrada, resultado de la ausencia de una verdadera gobernanza económica de la Unión, ya que como decía Felipe González “concebimos una Unión Económica y Monetaria y hemos desarrollado sólo una Unión Monetaria”<sup>1047</sup>. Es cierto que la reforma del art. 136 TFUE a la que nos acabamos de referir se dirige a impulsar esa gobernanza que el art. 5 del

<sup>1044</sup> De hecho, la decisión de rescatar a la economía griega fue adoptada por el *eurogrupo* en el propio mes de mayo de 2010. Este primer rescate tendría continuidad en un segundo rescate en julio del año siguiente, mucho más polémico y en el que la falta de consenso entre los socios europeos fue la nota más característica.

<sup>1045</sup> De esta forma, se añade al art. 136 TFUE el siguiente apartado: “3. Los Estados miembros cuya moneda es el euro podrán establecer un mecanismo de estabilidad que se activará cuando sea indispensable para salvaguardar la estabilidad de la zona del euro en su conjunto. La concesión de toda ayuda financiera necesaria con arreglo al mecanismo se supeditará a condiciones estrictas”. El Tratado constitutivo del Mecanismo Europeo de Estabilidad Financiera fue firmado el 11 de julio de 2011 en Bruselas, siendo su rúbrica autorizada, en el caso de España, por el Consejo de Ministros del 24 de junio. Debemos recordar que esta reforma se ampararía en el procedimiento de revisión simplificado previsto en el art. 48.6 TUE, con la intención por parte de los estados firmantes de evitar la ratificación vía *referendum* y efectuarla a través de los Parlamentos Nacionales.

<sup>1046</sup> Decisión adoptada a partir del acuerdo del Consejo Europeo de 28 y 29 de octubre de 2010, sobre la base de la propuesta presentada el 16 de diciembre del mismo año y una vez que el Parlamento Europeo, la Comisión y el Banco Central Europeo dictaminaron el proyecto.

<sup>1047</sup> GONZÁLEZ MÁRQUEZ, Felipe: “La Unión Europea: crisis y futuro”, *El País*, 12 de septiembre de 2010, p. 31.

mismo TFUE dejaba en el mero ámbito de la coordinación. Ahora bien, la iniciativa que sirvió de impulso para conseguir la gobernanza económica de la Unión se sitúa en la cumbre franco-alemana de agosto de 2011, sustentada en los siguientes ejes: articulación de las bases de un gobierno económico de los diecisiete estados de la *eurozona*; implantar una tasa sobre las transacciones financieras; retirada de los fondos europeos a los países que no cumplan con el límite de déficit del 3% del PIB en 2014; e incorporación del objetivo del equilibrio presupuestario, con el consiguiente límite al déficit público, en las constituciones de los estados que formen parte del euro<sup>1048</sup>.

Esta propuesta franco-alemana estaría en la base del Tratado intergubernamental (que abordaremos en el próximo apartado) acordado por veinticinco de los veintisiete estados de la Unión y rubricado en marzo del año 2012. En todo caso, esta propuesta, tendría una relevancia inmediata que pronto quedó de manifiesto en España; así, el planteamiento de incorporar el límite de déficit público en las constituciones de los estados de la *eurozona*, siguiendo el ejemplo de la propia Alemania que consagró este objetivo en una reforma de la Ley Fundamental de Bonn en 2009<sup>1049</sup>, se convirtió en un ámbito nuclear con el que los diferentes gobiernos pretendían mandar un mensaje de fortaleza a los mercados ante nuevas dificultades financieras que pudieran producirse<sup>1050</sup>.

En esa línea, y de forma sorpresiva, en la sesión plenaria del Congreso del 23 de agosto de 2011, el Presidente del Gobierno español propuso la reforma de la Constitución de 1978 para garantizar el objetivo de la estabilidad presupuestaria y llevarla a efecto antes de la disolución de las cámaras debido a la convocatoria de las elecciones generales del 20 de noviembre; propuesta que obtuvo el apoyo del entonces

<sup>1048</sup> Cumbre franco-alemana de 16 de agosto de 2011 cuyas conclusiones fueron remitidas al Presidente del Consejo Europeo, Van Rompuy. El gobierno de la *eurozona* se desarrollaría a través de un Consejo de los Jefes de Estado y de Gobierno de los diecisiete miembros de la zona euro que se reuniría, al menos, dos veces al año bajo la presidencia del Presidente del Consejo Europeo, *vid. El País*, 18 de agosto de 2011. pp. 16-17.

<sup>1049</sup> *Vid.* arts. 109 y 115 de la Ley Fundamental de Bonn que obliga a que el déficit del Estado no supere el 0,35% del PIB a partir de 2016 (admitiendo un margen suplementario de cuatro años para los *Länder*) aunque contemplando excepciones como en caso de catástrofes naturales o recesiones graves.

<sup>1050</sup> No obstante, también existieron críticas a esta propuesta franco-alemana de limitar constitucionalmente el déficit. Así, el Presidente de Portugal, Cavaco Silva, la calificó de “teóricamente muy extraña”, incidiendo en que significaría introducir en el ordenamiento jurídico “una variable endógena, es decir, no controlada directamente por las autoridades, como el déficit presupuestario”, lo que reflejaría “una enorme desconfianza de los responsables políticos en relación a su propia capacidad de conducir las políticas presupuestarias correctas”, Agencia EFE, 19 de agosto de 2011.



Presidente del Partido Popular, Mariano Rajoy, así como del candidato a la Presidencia del Gobierno por el Partido Socialista, Alfredo Pérez Rubalcaba, alcanzando el apoyo parlamentario para que pudiera cristalizar, lo que culminó en una nueva y larga redacción del art. 135 de la Constitución española:

“1. Todas las Administraciones Públicas adecuarán sus actuaciones al principio de estabilidad presupuestaria.

2. El Estado y las Comunidades Autónomas no podrán incurrir en un déficit estructural que supere los márgenes establecidos, en su caso, por la Unión Europea para sus Estados Miembros.

Una ley orgánica fijará el déficit estructural máximo permitido al Estado y a las Comunidades Autónomas, en relación con su producto interior bruto. Las Entidades Locales deberán presentar equilibrio presupuestario.

3. El Estado y las Comunidades Autónomas habrán de estar autorizados por ley para emitir deuda pública o contraer crédito.

Los créditos para satisfacer los intereses y el capital de la deuda pública de las Administraciones se entenderán siempre incluidos en el estado de gastos de sus presupuestos y su pago gozará de prioridad absoluta. Estos créditos no podrán ser objeto de enmienda o modificación, mientras se ajusten a las condiciones de la ley de emisión.

El volumen de deuda pública del conjunto de las Administraciones Públicas en relación con el producto interior bruto del Estado no podrá superar el valor de referencia establecido en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

4. Los límites de déficit estructural y de volumen de deuda pública sólo podrán superarse en caso de catástrofes naturales, recesión económica o situaciones de emergencia extraordinaria que escapen al control del Estado y perjudiquen considerablemente la situación financiera o la sostenibilidad económica o social del Estado, apreciadas por la mayoría absoluta de los miembros del Congreso de los Diputados.

5. Una ley orgánica desarrollará los principios a que se refiere este artículo, así como la participación, en los procedimientos respectivos, de los órganos de coordinación institucional entre las Administraciones Públicas en materia de política fiscal y financiera. En todo caso, regulará:

a) La distribución de los límites de déficit y de deuda entre las distintas Administraciones Públicas, los supuestos excepcionales de superación de los mismos y la forma y plazo de corrección de las desviaciones que sobre uno y otro pudieran producirse.

b) La metodología y el procedimiento para el cálculo del déficit estructural.

c) La responsabilidad de cada Administración Pública en caso de incumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria.

6. Las Comunidades Autónomas, de acuerdo con sus respectivos Estatutos y dentro de los límites a que se refiere este artículo, adoptarán las disposiciones que procedan para la aplicación efectiva del principio de estabilidad en sus normas y decisiones presupuestarias”.

Esta reforma constitucional, que remitía a una ley orgánica la cuantificación del porcentaje permitido de déficit<sup>1051</sup>, sería la segunda de la *Carta Magna* española después de la efectuada en 1992 con motivo de la ratificación del Tratado de Maastricht, *Magna*, si bien en ese caso la reforma se derivaba de un pronunciamiento previo del Tribunal Constitucional que exigía que se llevara a cabo. Por su parte, la modificación del art. 135 efectuada en el año 2011 se realizó de conformidad con el procedimiento previsto en el art. 167 de la Constitución<sup>1052</sup>, sin que se convocara el *referendum* por no darse el presupuesto contenido en el art. 167.3, lo que supuso que en apenas un mes fuera adoptada<sup>1053</sup>. En todo caso, sin entrar en la forma en que se ha llevado a cabo, esta reforma supone para Pérez Royo “una innovación en el Derecho Constitucional Europeo de importancia extraordinaria, aunque dicha innovación no vaya a ser el resultado de una decisión constituyente europea, sino de la suma de decisiones constituyentes de los distintos países que integran la Unión”<sup>1054</sup>.

No obstante, también es verdad que en los últimos meses estamos asistiendo a continuados *tira y afloja* de los diferentes gobiernos, donde a nuestro juicio las

<sup>1051</sup> Ley orgánica que, según se estableció en la disposición adicional única a la enmienda constitucional, deberá estar aprobada antes de 30 de junio de 2012, si bien en el acuerdo adoptado entre el Partido Socialista y el Partido Popular se fijaba en un 0,4% el déficit estructural global máximo del conjunto de las administraciones públicas; en este sentido, se dispuso que los límites del déficit estructural establecidos en el art. 135.2 de la Constitución española entraran en vigor a partir de 2020.

<sup>1052</sup> Aprobación por el Congreso y el Senado con una mayoría de tres quintos en cada caso. La reforma constitucional de 1992 también se hizo por este procedimiento.

<sup>1053</sup> El anuncio de la reforma se hizo el 23 de agosto de 2011, siendo aprobada la enmienda constitucional el 2 de septiembre en el Congreso de los Diputados y el 7 del mismo mes en el Senado, obteniendo la mayoría de tres quintos necesaria, si bien careció del respaldo de los partidos nacionalistas y de Izquierda Unida. El 27 de septiembre fue sancionada por el Jefe del Estado y publicada en el Boletín Oficial del Estado, entrando en vigor, de conformidad con lo dispuesto en su Disposición Final Única, el mismo día de su publicación. La celeridad de esta segunda reforma constitucional derivaba de que el Presidente del Gobierno había anunciado como fecha de celebración de las elecciones generales el 20 de noviembre, por lo que el Decreto de disolución de las Cortes y convocatoria de elecciones se aprobaría el 26 de septiembre (publicándose en el Boletín Oficial del Estado del día siguiente), lo que apretó el calendario y ocasionó críticas que la denominaron reforma exprés y cuestionaban la necesidad de aprobarla en un plazo tan corto (puesto que el precepto no sería de aplicación hasta el 2020) y sin que se convocara un *referendum*, cuya celebración solicitó, entre otros Izquierda Unida o el portavoz de Convergència i Unió en el Congreso, Durán i Lleida, quien apuntaba que se podría realizar coincidiendo con la celebración de las elecciones generales el 20 de noviembre; en todo caso, no se alcanzó la décima parte de diputados o senadores prevista en el art. 167.3 de la Constitución que implicaría la convocatoria de un *referendum*.

<sup>1054</sup> El mismo autor, después de hacer un breve repaso por otras reformas constitucionales del pasado con un corte análogo (la enmienda XIV a la Constitución norteamericana o la reforma de 1926 de la Constitución francesa de la III República) apunta que “la reforma constitucional que se está tramitando en España tiene su origen en la necesidad de dar respuesta a una emergencia, pero es en el fondo un episodio en el proceso de constitucionalización de la Unión Europea, que tiene un precedente en la reforma constitucional alemana de 2009 y que va a ser seguida por reformas constitucionales en, por lo menos, los países que comparten el euro como moneda, aunque previsiblemente se extenderá a los demás”, PÉREZ ROYO, Javier: “La reforma constitucional en perspectiva”, *El País*, 5 de septiembre de 2011, p. 27.

posiciones en clave estatal priman mucho más que las adoptadas en clave europea. Basta nuevamente con recordar algunos ejemplos de ello: las reticencias finlandesas a apoyar el rescate a Portugal<sup>1055</sup>, las posiciones divergentes en el seno de la Unión acerca de la participación del capital privado en el segundo rescate a Grecia<sup>1056</sup> o el ya referido debate sobre los *eurobonos*.

De todo ello se deriva un incremento del *euroescepticismo*, como muestran algunos datos sintomáticos: siguiendo los indicadores obtenidos del *eurobarómetro*, en la muestra de otoño de 2007 (inmediatamente antes de la firma del Tratado de Lisboa) el 48% de los europeos tenía confianza en las instituciones de la UE, reduciéndose este porcentaje al 42% en el muestreo de la primavera de 2010 (inmediatamente después de la entrada en vigor del Tratado lisboeta) y a un raquítico 34% en el reciente de otoño de 2011 que, además, únicamente refleja un diferencial de cinco puntos entre aquellos europeos que tienen una imagen totalmente positiva de la UE (31%) y los que la tienen totalmente negativa (26%)<sup>1057</sup>. Paralelamente, algunos datos muestran como el 70% de los alemanes estarían en desacuerdo con la participación germana en los rescates financieros y el 31% no apostaría por la supervivencia del euro dentro de diez años<sup>1058</sup>. Posiciones que, en nuestra opinión, se ven reforzadas con medidas que continúan con la senda de confusión descrita, como las relativas al mecanismo excepcional de salvaguarda que reforma el sistema Schengen, permitiendo la reintroducción de los

<sup>1055</sup> Finlandia se había mostrado muy exigente en las condiciones del rescate a Portugal acordado por el *eurogrupo* el 16 de mayo de 2011. Lo mismo haría en el segundo rescate a Grecia, en el que exigiría la reserva del 20% del dinero que presta para el caso de un potencial impago, *vid. El País*, 22 de agosto de 2011, p. 18; esta demanda finlandesa obtuvo la oposición de Alemania, que rechazó los pactos bilaterales con Grecia relativos a las garantías del rescate con el argumento de que sólo serían válidos si contaban con el apoyo de todos los estados de la zona euro, *vid. El País*, 23 de agosto de 2011, p. 21.

<sup>1056</sup> Situación finalmente resuelta de forma que “los Jefes de Estado o de Gobierno de la zona del euro manifiestan su acuerdo con que los fondos adicionales requeridos se financien a partir de fuentes tanto oficiales como privadas. Apoyan el enfoque decidido por el *eurogrupo* el 20 de junio, consistente en buscar la participación voluntaria del sector privado mediante refinanciaciones informales y voluntarias de la deuda griega existente hechas al vencimiento, para una reducción sustancial de la financiación exigida cada año dentro del programa, evitando al mismo tiempo un impago selectivo”, *Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo*, Bruselas, 23 y 24 de junio de 2011, p. 6.

<sup>1057</sup> *Vid. Standard Eurobarometer 76, Autumn 2011*, pp. 19-21. Este muestreo indica que la pérdida de apoyo popular se da en los distintos ámbitos institucionales de la Unión: el Parlamento Europeo sería la institución más apoyada a pesar de contar únicamente con la aprobación del 41% de los europeos; la Comisión y el Banco Central Europeo estarían en el 36%, mientras que el Consejo se quedaría en el 32%. Datos que contrastan con los de apenas cuatro años atrás (otoño de 2007), en los que el Parlamento contaba con el respaldo del 55%, la Comisión con el 50%, el Banco Central Europeo con el 47% y el Consejo con el 44%.

<sup>1058</sup> *Vid. El Mundo*, 21 de agosto de 2011, p. 28.

controles fronterizos internos y que podría tener alguna dificultad de encaje con lo dispuesto en el art. 3.2 TUE<sup>1059</sup>.

Por eso, y pese a la trascendencia política de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa y sus innovaciones, la realidad es que la Unión Europea no está viviendo un buen momento y ello, a pesar de que los mismos datos del *eurobarómetro* dejan un hilo para la esperanza: aunque la pérdida de confianza en la Unión es notoria, los europeos todavía creen que es el mejor actor/organización para luchar contra la crisis, por encima de los gobiernos nacionales o de otros organismos internacionales<sup>1060</sup>.

Esta situación de crisis de la UE obedece a una pluralidad de causas que, siguiendo al profesor Torreblanca<sup>1061</sup>, podemos sintetizar de la siguiente forma: en primer lugar, estamos ante lo que denomina un proyecto sin fuelle, fruto de una crisis ni coyuntural ni pasajera, aunque la situación actual de crisis económica la agudice<sup>1062</sup>; en segundo lugar, la Unión sufriría una crisis de valores y miopía política, con ausencia de visión a largo plazo y diferencias entre los socios que en realidad son un juego de suma cero en función de los intereses nacionales de cada cual y que ponen en retroceso a los valores de tolerancia y aperturismo; en tercer lugar, estaríamos ante el fin de la solidaridad sobre la que se forjó el proyecto de integración europeo, existiendo una única política monetaria que no se complementa adecuadamente con políticas fiscales y

<sup>1059</sup> Vid. *Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo*, Bruselas, 23 y 24 de junio de 2011, pp. 7-11. Por ello, desde el Consejo Europeo se incidía en la excepcionalidad de dicha medida: “en última instancia, y dentro de ese mecanismo, se podría establecer una cláusula de salvaguardia, para autorizar el restablecimiento excepcional de los controles fronterizos internos, en una situación auténticamente grave en la que un Estado miembro ya no pudiera cumplir las obligaciones impuestas por las normas de Schengen. Esta medida se tomaría con arreglo a unos criterios objetivos y a una evaluación común, con un alcance y por un plazo estrictamente limitados, y teniendo en cuenta la necesidad de poder reaccionar en casos urgentes. Ello no afectaría los derechos de las personas a las que los Tratados otorgan la libertad de circulación”, *ibidem*, p. 8. No obstante, este carácter excepcional sería cuando menos dudoso y ya hemos podido observar como Dinamarca utilizó esta posibilidad estableciendo puntos de control en su frontera.

<sup>1060</sup> Vid. *Standard Eurobarometer 76, Autumn 2011*, p. 17. La UE contaría, a estos efectos, con el apoyo del 23% de los europeos, frente al 20% otorgado a los gobiernos nacionales, el 16% al G20, el 14% al Fondo Monetario Internacional o el 5% concedido a los Estados Unidos.

<sup>1061</sup> Vid. TORREBLANCA PAYÁ, José Ignacio: “Cinco razones por las que Europa se resquebraja”, *El País Domingo*, 15 de mayo de 2011, pp. 2-5.

<sup>1062</sup> Torreblanca lo expone del siguiente modo: “los más de veinte años transcurridos desde la caída del muro de Berlín suponen un margen de tiempo más que razonable para que Europa se hubiera completado, hacia dentro y hacia fuera. Pero la realidad es bien distinta: tras las ampliaciones, hablamos de fatiga de la ampliación; tras el fallido proceso constitucional, de fatiga de la integración política; tras la crisis del euro, de fatiga económica y financiera. Tras diez años de reformas institucionales y de introspección institucional, el Tratado de Lisboa, que iba a salvar a Europa de la parálisis e introducirla en el siglo veintiuno, es un perfecto desconocido y sus logros, invisibles”, *ibidem*, p. 2.

de regulación del sector financiero comunes, lo que genera desequilibrios cada vez mayores; en cuarto lugar, la Unión Europea estaría ausente del mundo, sin que el Tratado de Lisboa haya podido evitar la parálisis de la acción exterior europea, como demuestran las recientes revoluciones árabes<sup>1063</sup>; finalmente, la Unión sufriría la denominada rebelión de las élites, unida a la rebelión de las masas, lo que supone que no sólo sería la ciudadanía la que retiraría el apoyo al proceso de integración, sino que desde el seno de los propios gobiernos existiría una gran desconfianza respecto al proyecto europeo, lo que se acentuaría con “la generación de líderes más miope y entregada al electoralismo”<sup>1064</sup>.

La conclusión, evitando caer en dramatismos, es clara: el Tratado de Lisboa es un instrumento importante en el desarrollo de la Unión que supone un salto cualitativo de primer nivel (aunque no tanto como el frustrado Tratado Constitucional) pero por sí solo no soluciona problemas de la Unión que tienen una raíz más de fondo relativa a la propia definición del proyecto europeo, ya que como acertadamente expone Habermas, Lisboa no ha supuesto una decisión definitiva sobre la UE ni ha democratizado el modo comunitario de hacer política<sup>1065</sup>. En definitiva, Lisboa da instrumentos para actuar, pero en última instancia lo decisivo es la voluntad política; voluntad que ha existido en otros momentos de la Unión superando crisis también importantes.

En este sentido, es donde a nuestro juicio detectamos más dificultades en la Unión Europea de hoy: la falta de voluntad y liderazgo político en el seno de la UE para afrontar con un rumbo claro la compleja y tormentosa crisis económica y financiera que estamos viviendo.

---

<sup>1063</sup> Torreblanca califica la respuesta de la Unión en este caso de “lenta, tímida y rúcana, mostrándose mucho más preocupados los líderes europeos por salvaguardar sus intereses económicos y controlar los flujos migratorios que por apoyar el cambio democrático”, *ibidem*, p. 4.

<sup>1064</sup> *Ibidem*, p. 5. El caso más paradigmático sería el de Alemania, antaño motor de la Unión y hoy, como ya apuntamos anteriormente, con una posición más renuente a desempeñar aquel papel. Esta desconfianza latente en el actual gobierno alemán estaría mediatizada por la posición de su propia ciudadanía: el 63% de los alemanes ya no confía en Europa y el 53% no ve a Alemania vinculada a ella en el futuro; estos datos, unidos a los que antes mencionamos sobre la participación germana en los rescates y el euro, no dejan de ser inquietantes.

<sup>1065</sup> *Vid.* HABERMAS, Jürgen: *Ay...*, pp. 83-86. Este autor apunta que “el descafeinado Tratado reformista confirma, ahora más que nunca, el carácter elitista de un acontecer político despegado de los pueblos. El modo de llevar las negociaciones, el rechazo de los referéndums [...] corrobora el modo hasta ahora vigente de hacer política y hace definitivo el angustioso desacoplamiento entre el proyecto europeo y la formación de la opinión y la voluntad política de los ciudadanos”, concluyendo que “la política europea nunca había sido ejercida de una forma tan abiertamente elitista y burocrática como esta vez”, *ibidem*, pp. 83-84.

Esta crisis ha puesto de manifiesto a una Unión Europea lenta, con grandes dificultades para tomar decisiones trascendentes y con poca unidad para llevarlas a cabo. Las disensiones entre los diecisiete estados miembros del euro y los diez que no lo son se agudizaron, de forma que *in extremis* se tuvo que idear un mecanismo por el que cada cumbre de los estados de la *eurozona* iría precedida de una cumbre de los veintisiete miembros de la Unión, lo que, al menos, posibilitó modificar el fondo de rescate, el acuerdo sobre la recapitalización de la banca o el pacto para efectuar una quita del 50% de la deuda griega con los principales acreedores de la misma<sup>1066</sup>. No obstante, la realidad seguía mostrando cómo a pesar de las medidas, cuya puesta en práctica además no estaba clara, la desconfianza continuaba creciendo y se abría camino la sensación de que la Unión se dirigía hacia una Europa a dos velocidades en la que, por un lado, estarían los miembros del *eurogrupo* dotados a su vez de un cuadro institucional propio, y por el otro, aquellos países que conservan sus monedas nacionales<sup>1067</sup>.

Del mismo modo, el gobierno alemán de Merkel sólo muy puntualmente ha ejercido su liderazgo, siendo reacio a adoptar algunas decisiones (como los ya comentados *eurobonos* europeos) al pesar más en su acción política las cuestiones de carácter interno. Además, no deja de ser sorprendente que el comportamiento de un Estado como Grecia, con un peso menor en el conjunto de la Unión, ponga en jaque la economía y los mercados del resto de estados miembros, como supuso el anuncio,

<sup>1066</sup> Vid. *Declaración de los Jefes de Estado o de Gobierno de la Unión Europea*, 26 de octubre de 2011, y *Cumbre del Euro*, de la misma fecha. La cantidad asignada al MEDE muestra con claridad los vaivenes de la Unión: si había acuerdo sobre su ampliación a un billón de euros en octubre, un mes más tarde los ministros de finanzas de la *eurozona* daban luz verde a la ampliación del fondo pero sin fijar la cantidad, y en diciembre del mismo año, como veremos más adelante, se decidía mantener la asignación en los 500.000 millones de euros.

<sup>1067</sup> Vid. *Proyecto de declaración de la cumbre del Euro*, Anexo I (Diez medidas para mejorar el gobierno de la zona euro), 26 de octubre de 2011. De esta forma se establecen reuniones periódicas de la Cumbre del Euro, que reunirán a los Jefes de Estado o de Gobierno de la zona del euro y al Presidente de la Comisión. Estas reuniones se celebrarán como mínimo dos veces al año y se desarrollarán si es posible tras las sesiones del Consejo Europeo. Se dispone también que el Presidente de la Cumbre del Euro será designado por los Jefes de Estado o de Gobierno de la zona del euro cuando el Consejo Europeo elija a su Presidente, presidiendo la Cumbre mientras no se produzca esta situación el actual Presidente del Consejo Europeo, Van Rompuy, que tendrá que mantener informados a los estados miembros no pertenecientes a la zona del euro de la preparación y los resultados de las cumbres, así como al Parlamento Europeo de los resultados de las mismas. No obstante, sigue manteniéndose la figura del Presidente del *eurogrupo* (el Primer Ministro luxemburgués Jean-Claude Juncker), lo que conforma en la práctica un complejo cuadro institucional (aún habría que añadir la existencia de un grupo preparatorio del *eurogrupo* que también contaría con un Presidente permanente en Bruselas).

después fallido, de la convocatoria por el entonces Primer Ministro griego Papandreu de un *referendum* sobre el segundo rescate a Grecia<sup>1068</sup>.

En el fondo, todo ello supone que la Unión Europea se encuentra en una realidad distinta donde los estados, que en muchos casos eran recelosos de ceder competencias a la Unión argumentando pérdida de soberanía (como veremos en el Capítulo Cuarto), acaban dejando de ser soberanos *lato sensu* ante la coyuntura derivada de la crisis económica y financiera. Es en este contexto en el que se circunscriben las sucesivas caídas del gobierno griego, indirectamente causada por el frustrado *referendum* anunciado por el propio ejecutivo y que, al ser rechazado por la Unión Europea<sup>1069</sup> (fundamentalmente por la Canciller alemana Merkel), provocó la dimisión de Papandreu, o del gobierno italiano presidido por Berlusconi, siendo sustituidos en ambos casos por gobiernos de transición presididos por personalidades de perfil técnico<sup>1070</sup>; y en este sentido es como también hay que entender las limitadas decisiones que en materia económica pueden adoptar los estados intervenidos como Irlanda o Portugal y, en cierto sentido, el resto de países de la Unión.

Por tanto, el problema no estriba en el marco dado por el Tratado de Lisboa. Es cierto que el Tratado lisboeta puede necesitar reformas, tal como se llegaba a sugerir desde el propio Consejo Europeo<sup>1071</sup> o desde determinados ámbitos políticos<sup>1072</sup>, pero lo

---

<sup>1068</sup> *Referendum* anunciado el 31 de octubre y retirado el 3 de noviembre de 2011.

<sup>1069</sup> Este rechazo se visualizó en el bloqueo por Bruselas del pago del sexto tramo del primer rescate financiero a Grecia (8.000 millones de euros) hasta que aclarara su situación política.

<sup>1070</sup> En el caso griego, el nuevo Primer Ministro sería el antiguo vicepresidente del Banco Central Europeo, Lukas Papademos, quien presentó el 11 de noviembre de 2011 un gobierno de concentración con presencia de las dos principales fuerzas políticas del país (PASOK y Nueva Democracia). En el caso italiano, Berlusconi dimitió una vez aprobados por el Parlamento los presupuestos para el año 2012 que contenían las medidas de ajuste solicitadas por la Unión Europea, siendo su sucesor el antiguo comisario europeo Mario Monti.

<sup>1071</sup> *Vid. Conclusiones del Consejo Europeo*, Bruselas, 23 de octubre de 2011, que en su punto 7 recoge que “El Consejo Europeo toma nota de la intención de los Jefes de Estado o de Gobierno de la zona del euro de reflexionar sobre un mayor fortalecimiento de la convergencia económica dentro de la zona del euro, la mejora de la disciplina presupuestaria y la profundización de la unión económica, incluyendo explorar la posibilidad de modificaciones limitadas del Tratado. El Consejo Europeo recuerda que cualquier modificación del Tratado debe ser decidida por los 27 Estados miembros. El Consejo Europeo volverá a tratar este asunto en diciembre basándose en un informe del Presidente del Consejo Europeo, en estrecha cooperación con el Presidente de la Comisión y el Presidente del Eurogrupo”.

<sup>1072</sup> Por ejemplo, *vid.* propuestas de reforma de la Unión Europea contenidas en el borrador de la Unión Cristianodemócrata alemana (CDU), partido de la Canciller Ángela Merkel, con vistas al Congreso que se celebró el 14 de noviembre de 2011. Entre las propuestas que exigirían cambios en el Tratado estarían la puesta en marcha de un mecanismo de sanción automática ante los incumplimientos del Pacto de Estabilidad y Crecimiento que podría suponer incluso el recorte de los fondos estructurales y de cohesión a los que tuviera derecho ese Estado incumplidor. Además, se proponía que la Comisión dejara de tener el

que necesita la Unión en realidad es determinación política. Voluntad política de construcción, integración y superación de la crisis de forma conjunta y por encima de los intereses específicos de los estados miembros. Por ello creemos que aun con las dificultades existentes, la Unión Europea puede ser un actor fundamental en un escenario global que está paulatinamente desplazando sus centros de poder del eje Estados Unidos-UE-Japón a nuevas potencias emergentes como China, la India o Brasil. Pero para ocupar ese espacio y configurarse como referencia económica, tecnológica o social, ha de dotarse de un objetivo claro y de unos medios definidos (dejando atrás los cambios de rumbo) para lograrlo, lo que podría canalizarse en una verdadera Unión Política que permita más integración (con una verdadera política económica, fiscal o social común) y, sobre todo, una mejor integración (esto no significa que la Unión regule nuevos ámbitos sino que, donde intervenga, lo haga mejor) que, conforme a nuestro planteamiento, no ha de reproducir en su configuración esquemas estatistas porque, entre otras cosas, la Unión no es ni será un Estado (al menos con las características que éstos tenían en la Teoría del Estado).

Además, prescindiendo de los formalismos, probablemente no quede más remedio que admitir que esa verdadera Unión Política habrá de canalizarse en una Unión de distintas velocidades o niveles de integración como en realidad ya sucede ahora con el euro. No obstante, a nuestro juicio, esta última cuestión ha de ser planteada con suma prudencia: la idea de que aquellos estados que estén dispuestos a profundizar más en la Unión puedan hacerlo nos parece razonable, pero tiene que hacerse siguiendo los procedimientos y límites previstos en los Tratados y sin abandonar la solidaridad que ha de inspirar las relaciones político-económicas entre todos los miembros de la Unión. O dicho de otra manera: la frustración generada por la lentitud de la toma de decisiones por la Unión en la crisis financiera y del euro, no debía suponer un acuerdo

---

monopolio del derecho de iniciativa legislativa, incrementar el número de eurodiputados alemanes y la elección del Presidente de la Comisión a través de una votación directa por los ciudadanos europeos. Finalmente, el Congreso de la CDU aprobó una moción más suavizada, por la que si un Estado a largo plazo no se ve en condiciones o no quiere cumplir las reglas relacionadas con la moneda europea, puede abandonar voluntariamente la *eurozona* siguiendo las pautas previstas por el Tratado de Lisboa para un abandono de la Unión Europea de la que seguiría siendo miembro. El texto final establecía, por tanto, un carácter voluntario en la decisión eliminando la referencia a la sanción que en última instancia se preveía en el borrador inicial y que la Unión Socialcristiana de Baviera (CSU), partido hermano al de la Canciller Merkel, recogía al establecer la posibilidad de expulsar de la *eurozona* a los estados que no cumplan las reglas.



entre los dos estados más importantes de la UE que implicase la creación por su cuenta de un núcleo duro del euro<sup>1073</sup>.

Por tanto, es necesaria más integración para salir de la crisis, pero sobre todo mejor integración, ya que instrumentos existen y el problema estriba muchas veces en cómo se utilizan y de qué forma, lo que es expresado por Enzensberger como la quimera de la Unión Europea “proyecto utópico a la vez que ente mestizo, deseoso de imponer con autoridad incondicional y presión educativa las filantrópicas intenciones que persigue con astucia y paciencia”<sup>1074</sup>. Lo que a nuestro juicio no puede hacerse es utilizar la crisis como vía para eludir la institucionalidad y las reglas consensuadas por los veintisiete estados de la Unión y de las que el Tratado de Lisboa, con todas sus imperfecciones, es su actual reflejo.

#### E. La propuesta de reforma de diciembre de 2011 y el nuevo Tratado intergubernamental

La inestabilidad cada vez mayor de los mercados, la caótica situación derivada del segundo rescate de Grecia<sup>1075</sup> y las continuadas críticas a la Unión por carecer de una política económica y fiscal realmente cohesionada, sumadas a la dificultad para poner en práctica alguna de las medidas previamente acordadas, habían puesto en peligro a la

---

<sup>1073</sup> Según se desprendía de diversas informaciones aparecidas en los medios de comunicación, Alemania y Francia podían manejar como opción el establecimiento de un núcleo del euro que podría incluir la creación de un Ministerio de Finanzas común, la lectura conjunta de los presupuestos o la armonización fiscal. A este núcleo duro se invitaría a los estados del BENELUX y a España, no estando formado por más de nueve miembros, *vid. El País*, 10 de noviembre de 2011, pp. 2-3. Esta iniciativa sería duramente criticada tanto por el Presidente de la Comisión Europea, Durao Barroso, como por el Presidente del Consejo Europeo, Van Rompuy, *vid. ibidem*.

<sup>1074</sup> ENZENSBERGER, Hans Magnus: *El gentil...*, p. 91. Este autor tiene una visión especialmente crítica de la construcción actual de la UE, al concluir que “Europa ya ha superado tentativas bien distintas de uniformar el continente. Todas tenían en común la soberbia y ninguna tuvo éxito duradero. Tampoco a la versión no violenta de tal proyecto se le puede extender un diagnóstico favorable. A todos los imperios de la historia les esperaba una vida media limitada, siendo la sobreexpansión y las contradicciones internas las causas de su fracaso”, *ibidem*, p. 94.

<sup>1075</sup> Tras sucesivos aplazamientos y en el contexto de una profunda crisis política, económica y social en el país heleno, el *eurogrupo* aprobó finalmente hacer efectivo el segundo rescate la madrugada del 20 al 21 de febrero de 2012, a través de 130.000 millones de euros en créditos. No obstante, las condiciones que Grecia ha de asumir pueden hacernos reflexionar respecto a los atributos de *soberanía* que conserva (al menos en el plano económico): se crea una cuenta bloqueada para asegurar el pago de la deuda y sus intereses, se establece una representación permanente de la *troika* (Comisión Europea, Banco Central Europeo y Fondo Monetario Internacional) en el país para verificar el cumplimiento del plan de ajuste, y finalmente Grecia se compromete a que, con independencia del resultado de las elecciones, el gobierno salido de ellas aplicará dicho plan, *vid. Eurogroup statement*, 21 de febrero de 2012. El nuevo rescate se añade a los 73.000 millones del primero y a los más de 100.000 millones derivados de una quita superior al 53% de su deuda: más de 300.000 millones en total con el objetivo, todavía incierto, de evitar que Grecia abandone el euro y ponga el riesgo (aún mayor) a la moneda única.

propia moneda única. En este contexto, la Canciller alemana Angela Merkel y el Presidente francés Nicolas Sarkozy, anunciaron públicamente el 5 de diciembre de 2011 una propuesta conjunta para reforzar la arquitectura monetaria de la Unión Europea que se podría articular a través de una reforma de los Tratados de la Unión o, en caso de que dicha posibilidad no fuera posible, mediante un nuevo Tratado que podrían rubricar los estados que formaran parte del euro.

La contribución franco-alemana, remitida al Presidente del Consejo Europeo, Van Rompuy, el 7 de diciembre, contenía las siguientes propuestas<sup>1076</sup>: reforzar la arquitectura institucional, a través de la institucionalización del Consejo de Presidentes de Gobierno y Jefes de Estado de los diecisiete países integrados en la moneda única como gobierno económico de la zona euro, su reunión mensual mientras dure la crisis, y fortalecer la estructura preparatoria del eurogrupo ministerial<sup>1077</sup>; diseñar un marco de prevención global sustentado en la regla de oro del equilibrio presupuestario que habría de incluirse en el derecho interno de cada Estado miembro (preferentemente en las respectivas constituciones) de forma que los tribunales constitucionales nacionales vigilarán que los presupuestos nacionales se ajusten al Tratado, al tiempo que se fortalece el crecimiento sobre la base del art. 136 TFUE o de las cooperaciones reforzadas<sup>1078</sup>; reforzar las sanciones para quien no respete el déficit del 3% del Producto Interior Bruto, incluyendo la posibilidad de sanciones automáticas para quienes no cumplan dicha regla<sup>1079</sup>, salvo que por mayoría cualificada se dispusiera otra

<sup>1076</sup> Para visualizar la carta rubricada por Sarkozy y Merkel, *vid.* página web del Presidente de la República francesa, sección comunicados de prensa, *Lettre commune adressée à M. VAN ROMPUY, Président du Conseil européen* (<http://www.elysee.fr>).

<sup>1077</sup> Ambos mandatarios expresaban que esta propuesta sería plenamente compatible con la arquitectura institucional de la UE.

<sup>1078</sup> El objetivo final sería progresar más rápidamente en ámbitos como la regulación financiera, el mercado de trabajo, la convergencia y la armonización de la base imponible del impuesto de sociedades y la introducción de un impuesto sobre las transacciones financieras (cuestión que se convertirá en uno de los elementos de disenso con el Reino Unido), o un mejor uso de los fondos europeos en los estados de la zona del euro.

<sup>1079</sup> No deja de ser curioso que Alemania y Francia sean ahora los principales valedores del endurecimiento de las sanciones por el incumplimiento del límite del déficit, cuando ambos estados incumplieron en varias ocasiones (entre los años 2002 y 2005) este tope previsto en el Pacto de Estabilidad adoptado en 1997. Además, tanto Alemania como Francia habían eludido las sanciones a través de una polémica decisión del Consejo el 25 de noviembre de 2003, motivando un enfrentamiento entre esta institución comunitaria y la Comisión que desembocó en la sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de julio de 2004, *Comisión/Consejo de la Unión Europea*, asunto C-27/04 que anuló la suspensión de los procedimientos por déficit excesivo efectuada por el Consejo, *vid.* DE LA CUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás: “La discrecionalidad política del Ecofin en la aplicación del procedimiento por déficit excesivo. Reflexiones tras la sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de julio de 2004”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 126 (2004), pp. 151-176.

cosa, al tiempo que se prevé un procedimiento de reducción de deuda para los estados de la zona euro en los que está por encima del umbral del 60% del mismo Producto Interior Bruto; adelantar la entrada en funcionamiento del mecanismo europeo de estabilidad del año 2013 al 2012 permitiendo que en este ámbito las decisiones no se tomen por unanimidad sino por mayoría calificada (lo que sería un avance claro en el camino de un federalismo económico europeo); se afirma que la solución adoptada previamente en relación con el impago de la deuda de Grecia (a través de la quita de su deuda) ha sido única y excepcional, de modo que no volverá a suceder en ningún contexto, para lo que se propone incluir en el Preámbulo del Tratado el respeto de los estados de la *eurozona* a las prácticas del Fondo Monetario Internacional; finalmente, tanto Merkel como Sarkozy pretendían que esta propuesta se estudiara en el Consejo Europeo del día 9 con el fin de que el Tratado (reformado u otro Tratado distinto) pudiera estar listo en marzo del año 2012.

Esta contribución, que omitía conscientemente cualquier mención a los *eurobonos*, rechazados por Alemania<sup>1080</sup>, y abogaba en última instancia por una reforma en profundidad del Tratado de Lisboa en el ámbito económico, fiscal y monetario, tuvo su continuidad en la propuesta que el Presidente del Consejo Europeo, conjuntamente con el Presidente de la Comisión Europea, remitió el día 6 de diciembre a los veintisiete gobiernos de la Unión<sup>1081</sup>.

Esta contribución acogía gran parte de la propuesta franco-germana, haciendo hincapié en el refuerzo del control presupuestario de los estados de la zona euro, de forma que la Comisión podría emitir una opinión (y sugerir cambios) en los presupuestos estatales (aunque su aprobación seguirá siendo de los Parlamentos

---

<sup>1080</sup> La propuesta remitida al Presidente del Consejo Europeo era conjunta de Alemania y Francia, pero la esencia de la misma y el consecuente rechazo a los *eurobonos* eran el resultado de la posición de preeminencia de Alemania no sólo en relación a Francia (aunque formalmente ambos gobiernos hacen todo lo posible en negarla) sino respecto al conjunto de la UE. Crítico con esta situación se muestra el antiguo Ministro germano de Asuntos Exteriores, Joschka Fischer, quien había apuntado que “Alemania en particular –el país más grande de Europa y el más fuerte en términos económicos– parece haber resultado víctima de una amnesia histórica. La idea de que el propio interés nacional de Alemania dicta evitar todo aquello que aisle al país dentro de Europa, y que esa tarea, por ende, consiste en crear una “Alemania europea” y no una “Europa alemana”, parece haberse abandonado”, FISCHER, Joschka: “¡Avanti Dilettanti!”, *El País*, 17 de diciembre de 2010, [http://www.elpais.com/articulo/opinion/Anvanti/Dilettanti/elpepiopi/20101217elpepiopi\\_4/Tes](http://www.elpais.com/articulo/opinion/Anvanti/Dilettanti/elpepiopi/20101217elpepiopi_4/Tes).

<sup>1081</sup> Esta propuesta no fue presentada públicamente, pues su naturaleza sería la de servir como documento de trabajo para el Consejo Europeo que se iba a celebrar a continuación. No obstante, los medios de comunicación recogieron amplias referencias de esta iniciativa analizando su contenido, siendo la fuente que utilizamos en este caso concreto, *vid. El País*, 7 de diciembre, p. 2.

Nacionales). Ahora bien, la iniciativa de Van Rompuy y Barroso proponía también que el mecanismo europeo de estabilidad pudiera recapitalizar directamente a los bancos (lo que era una novedad, ya que hasta ahora se prestaba a los estados y éstos a los bancos), se aumentara su capacidad por encima de los 500.000 millones de euros y no descartaba a largo plazo la emisión de *eurobonos*. Conforme a esta propuesta, las modificaciones necesarias para incluir estos aspectos en el Derecho de la Unión, se podrían hacer por dos vías: la primera sería la opción más rápida pero también la de menor alcance, ya que se ejercitaría a través de la modificación del *Protocolo n° 12 sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo*, endureciendo los criterios de control del déficit y de la deuda, para lo que se requeriría la aprobación unánime del Consejo Europeo con previa consulta al Parlamento Europeo y al Banco Central Europeo, pero no haría necesario el largo y complejo proceso de ratificación estatal; la segunda opción implicaría una nueva reforma del art. 136 TFUE y posiblemente la del *Protocolo n° 14 sobre el eurogrupo*, para reforzar los mecanismos de toma de decisiones en casos de déficit excesivo, por lo que su puesta en marcha sería más lenta ya que se ejecutaría por la vía del art. 48 TUE y conllevaría la necesaria ratificación por todos los estados miembros.

Finalmente, en el Consejo Europeo del 9 de diciembre de 2011, los dirigentes de los diecisiete estados de la *eurozona*, a través de la *Declaración de los Jefes de Estado y de Gobierno de la zona del euro*, dieron un paso decisivo en el objetivo de alcanzar una verdadera Unión económica y fiscal sustentada en dos pilares: un nuevo pacto presupuestario y el refuerzo de la coordinación de las políticas y de la gobernanza. Acuerdo que se concretaría en el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria, cuyo texto quedó acordado en el Consejo Europeo de 30 de enero de 2012<sup>1082</sup> y se rubricaría el 2 de marzo<sup>1083</sup>.

En relación con el ámbito presupuestario, se dispone que los presupuestos de las administraciones públicas estarán equilibrados o con superávit (art. 3.1 TECG)<sup>1084</sup>, para

<sup>1082</sup> Con fecha 31 de enero el texto del nuevo Tratado está accesible para el público en la página web del Consejo Europeo, <http://www.european-council.europa.eu/media/579087/treaty.pdf>.

<sup>1083</sup> La autorización para que España pudiera rubricar este Tratado fue otorgada por el Consejo de Ministros de 24 de febrero de 2012.

<sup>1084</sup> Este principio se considerará respetado si, por norma general, el déficit estructural anual no excede del 0,5 % del Producto Interior Bruto nominal, *vid.* en este mismo sentido, *Declaración de los Jefes de Estado y de Gobierno de la zona del euro*, 9 de diciembre de 2011, p. 3, en la que se basa el TECG.

lo cual los estados miembros introducirán esta norma en sus ordenamientos jurídicos en el plazo máximo de un año desde la entrada en vigor del Tratado, integrándola en la Constitución o en una norma de nivel equivalente (art. 3.2 TECG). Esta norma contendrá un mecanismo de corrección automático que se activará en caso de desviación y se reconocerá la competencia del Tribunal de Justicia para verificar su incorporación al ordenamiento jurídico nacional (art. 8.1 TECG). Además, los estados miembros que estén siendo objeto de un procedimiento por déficit excesivo presentarán a la Comisión y al Consejo, para que lo refrenden, un programa en el que se precisen las reformas estructurales necesarias para garantizar una corrección duradera y efectiva de los déficits excesivos que será supervisado por las referidas instituciones de la Unión (art. 5 TECG), al tiempo que se dispone la creación de un mecanismo para que los estados informen con antelación de sus planes nacionales de emisión de deuda pública (art. 6 TECG).

En este sentido, se acuerda un reforzamiento de las normas por las que se rige el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo para los miembros de la zona euro, de forma que cuando la Comisión determine que un Estado miembro ha superado el límite máximo del 3%, este incumplimiento tendrá consecuencias automáticas (arts. 8.1 y 8.2 TECG)<sup>1085</sup>, salvo que se oponga a ello una mayoría cualificada de estados miembros de dicha eurozona (art. 7 TECG).

En lo relativo al refuerzo de la coordinación de las políticas y de la gobernanza, se prevé un marco institucional propio para la *eurozona* con, al menos, dos cumbres anuales de los estados que forman parte del euro, a las que, como mínimo en una, podrán asistir los países firmantes del Tratado pero que todavía están fuera de la *eurozona* (art. 12 TECG). Conectado con esta gobernanza pero fuera del TECG, tanto el Consejo Europeo de 9 de diciembre de 2011 como el de 30 de enero de 2012 acordaron acelerar la entrada en vigor del Tratado constitutivo del Mecanismo Europeo de

---

<sup>1085</sup> De hecho, el art. 8.2 prevé que en caso de incumplimiento de las resoluciones del TJUE en este ámbito, éste podrá imponerle una sanción económica con el único límite de no superar el 0,1% de su Producto Interior Bruto; estas cantidades irían a engrosar el Mecanismo Europeo de Estabilidad o, en su defecto, el presupuesto general de la Unión. Cuando lo que exista sea una deuda excesiva (deuda pública superior al 60% del valor de referencia previsto en el art. 1 del *Protocolo n° 12* anexo al Tratado de Lisboa), el procedimiento a aplicar será el previsto en el art. 126 TFUE (art. 4 TECG).

Estabilidad, que sería rubricado el 2 de febrero<sup>1086</sup>, con el objetivo de que lo hiciera en julio de 2012, un año antes de lo previsto cuando se diseñó<sup>1087</sup>, al tiempo que en marzo se evaluaría si era suficiente la cantidad global de 500.000 millones de euros del MEDE<sup>1088</sup>. Además, se modificarán las normas de votación del MEDE de modo que se incluya un procedimiento de urgencia y la regla del mutuo acuerdo se sustituya por una mayoría cualificada del 85% en caso de que la Comisión y el Banco Central Europeo concluyan que es necesario adoptar una decisión urgente en materia de asistencia financiera cuando se vea amenazada la estabilidad financiera y económica de la zona del euro, lo que sería un nuevo paso en este singular federalismo económico<sup>1089</sup>.

El Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria sería adoptado por todos los estados que actualmente participan en el euro y por todos los demás miembros de la Unión, con la excepción del Reino Unido (al que se uniría en el Consejo Europeo de 30 de enero de 2012 la República Checa) que lo rechazó con el argumento formal de la defensa de los intereses británicos, lo que en la práctica se traduciría en el apoyo a la *City* londinense con el fin de que ésta quedase fuera de los nuevos mecanismos de control de los mercados financieros aprobados.

Esta negativa, conforme a lo dispuesto en el art. 48 TUE, sería la que finalmente ha impedido que el acuerdo de diciembre se traduzca en una reforma de los Tratados de la Unión, frustrando la inicial pretensión alemana, al ser necesaria la unanimidad de todos los estados a efectos de su revisión. De esta forma, las importantes medidas recogidas en la *Declaración de los Jefes de Estado y de Gobierno de la zona del euro* de

<sup>1086</sup> Dada la importancia de las reformas incluidas en el Tratado constitutivo del Mecanismo Europeo de Estabilidad Financiera, se decidió crear un nuevo Tratado constitutivo del Mecanismo Europeo de Estabilidad. El Consejo de Ministros del 10 de febrero de 2012 aprobó la firma *ad referendum* del Tratado constitutivo del MEDE, remitiéndolo a a las Cortes Generales y solicitando su tramitación por el procedimiento de urgencia.

<sup>1087</sup> *Vid. Comunicado de los Estados miembros de la zona del euro*, 30 de enero de 2012, y *Declaración de los Jefes de Estado y de Gobierno de la zona del euro*, 9 de diciembre de 2011, que disponía la entrada en vigor de este Tratado en cuanto haya sido ratificado por estados miembros que representen el 90% de los compromisos de capital, p. 5.

<sup>1088</sup> No obstante, ante el rechazo alemán a aumentar la cantidad asignada al MEDE y las reticencias a crear un fondo único (incorporando las cantidades del Fondo Europeo de Estabilidad Financiera), el 28 de febrero fue aplazado el Consejo de la *eurozona* que se preveía celebrar coincidiendo con el Consejo Europeo de 1 y 2 de marzo de 2012.

<sup>1089</sup> El gobierno finlandés hizo constar que el paso del consenso a la mayoría cualificada habría de ser ratificado por su Parlamento, *vid. ibidem*, p. 6.

9 de diciembre, se concretarán a través de un Tratado Intergubernamental al margen, por tanto, de los Tratados de la Unión<sup>1090</sup>.

La valoración del acuerdo alcanzado es, a nuestro juicio, ambivalente; o como expone Garton Ash “es el día en que Europa se unió y en el que Europa se dividió”<sup>1091</sup>. Y ello porque “quizá 26 de los 27 Estados miembros de la UE, aceptan vincularse legalmente para equilibrar sus presupuestos, bajo la jurisdicción del Tribunal Europeo de Justicia y con unos programas de reducción de déficit que tendrán que acordar con la Comisión Europea. Y para los 17 miembros de la eurozona habrá sanciones automáticas si el déficit supera el 3% [...]. A cambio, hay más dinero para rescates y se da a entender que el Banco Central Europeo intervendrá de forma más activa en los mercados”<sup>1092</sup>. De ahí que este profesor apunta que “eso equivale a un gran paso hacia la unión fiscal y de transferencias para los miembros actuales de la eurozona y los otros ocho decididos a entrar en el futuro. Es un paso de la confederación a la federación”<sup>1093</sup>. Ahora bien, también es verdad que el hecho de que el Reino Unido se quede fuera del acuerdo, “es malo para el Reino Unido y para Europa”<sup>1094</sup>, puesto que a la Unión “no le conviene que una de sus mayores economías y la que alberga su principal centro financiero, se quede al margen [...] (al tiempo que) no puede existir verdadera política exterior y de seguridad europeo sin Gran Bretaña”<sup>1095</sup>.

Además, el Parlamento Europeo era escéptico con este nuevo Tratado, mostrando “sus dudas con respecto a la necesidad de un acuerdo intergubernamental de estas características, ya que la mayoría de sus objetivos principales pueden alcanzarse

<sup>1090</sup> En este sentido, la *Declaración* de 9 de diciembre de 2011 recoge que “los Jefes de Estado y de Gobierno de la zona del euro consideran que las demás medidas deberían incorporarse en el Derecho primario. Habida cuenta de la falta de unanimidad entre los Estados miembros, han decidido adoptarlas mediante un acuerdo internacional que será firmado como muy tarde en marzo. El objetivo sigue siendo incorporar estas disposiciones en los Tratados de la Unión tan pronto como sea posible. Los Jefes de Estado y de Gobierno de Bulgaria, la República Checa, Dinamarca, Hungría, Letonia, Lituania, Polonia, Rumanía y Suecia han indicado la posibilidad de participar en este proceso, tras consultar, cuando corresponda, a sus respectivos Parlamentos”, *ibidem*, p. 7. No obstante, como acabamos de exponer, en el Consejo Europeo de 30 de enero de 2012, la República Checa se unió al Reino Unido en el rechazo a este acuerdo intergubernamental.

<sup>1091</sup> GARTON ASH, Timothy: “Cameron debilita a la Unión Europea”, *El País*, 10 de diciembre de 2011, p. 6.

<sup>1092</sup> *Ibidem*.

<sup>1093</sup> *Ibidem*.

<sup>1094</sup> *Ibidem*.

<sup>1095</sup> *Ibidem*.

de modo más adecuado y eficaz mediante el Derecho de la UE”<sup>1096</sup>. Al mismo tiempo, el Parlamento consideraba que “la disciplina presupuestaria, si bien constituye la base del crecimiento sostenible, no generará, por sí sola, una recuperación [...] el acuerdo debe incluir tanto un compromiso de las partes contratantes con respecto a la adopción de medidas de impulso de una mayor convergencia y competitividad como propuestas relativas a un fondo de amortización, obligaciones relacionadas con proyectos, y un impuesto sobre las transacciones financieras en el marco del Derecho de la UE, y, al mismo tiempo que garantiza la disciplina fiscal, una hoja de ruta sobre bonos de estabilidad”<sup>1097</sup>. En esta línea, Vidal-Folch se muestra especialmente crítico, al apuntar que, de los dieciséis artículos del nuevo Tratado, sólo el art. 9 hace mención a promover el crecimiento económico, para lo cual se adoptarán las actuaciones y medidas necesarias “pero sigue sin concretar ninguna. Siguen sin tener carácter obligatorio. Sigue sin prever multas a quien no lo haga. Sigue sin amenazar con llevar al Tribunal de Luxemburgo a quien incumpla ese mandato... Y en cambio todo eso lo estipula al milímetro contra quien incumpla el mandato de reducción del déficit”<sup>1098</sup>.

Desde nuestro punto de vista, el nuevo Tratado va en la dirección de conseguir una gobernanza económica a nivel de la Unión ligada a la estabilidad presupuestaria y la reducción del déficit, aunque consideramos que se queda corto en la vertiente relativa al crecimiento y el empleo<sup>1099</sup>. Además, la imposibilidad de plasmar el acuerdo intergubernamental en los Tratados de la Unión dificulta el funcionamiento de ésta y

<sup>1096</sup> *Resolución del Parlamento Europeo sobre las conclusiones del Consejo Europeo de los días 8 y 9 de diciembre de 2011 acerca de un proyecto de acuerdo internacional relativo a una unión para la estabilidad presupuestaria*, 17 de enero de 2012, considerando 1.

<sup>1097</sup> *Ibidem*, considerando 5.

<sup>1098</sup> VIDAL-FOLCH, Xavier: “Es una tomadura de pelo o solo lo parece”, *El País*, 31 de enero de 2012, p. 4.

<sup>1099</sup> Quizá por ello, el mismo 30 de enero de 2012 los Jefes de Estado y de Gobierno miembros del Consejo Europeo (con la excepción, por razones parlamentarias, de Suecia) adoptaron la *Declaración* denominada “Hacia una consolidación que propicie el crecimiento y un crecimiento que propicie el empleo” y el Consejo Europeo de los días 1 y 2 de marzo abordó, en particular, los aspectos relativos al crecimiento y al empleo. En este sentido, y de forma un tanto sorprendente, el 20 de febrero los primeros ministros de doce estados de la Unión (España, Eslovaquia, Estonia, Finlandia, Holanda, Irlanda, Italia, Lituania, Polonia, Reino Unido, República Checa, Suecia) habían remitido una carta al Presidente del Consejo Europeo y al Presidente de la Comisión bajo la rúbrica de *A Plan for growth in Europe*, en la que instaban a liberalizar algunos sectores para facilitar el crecimiento europeo; no deja de llamar la atención la ausencia entre los firmantes de Alemania y Francia, así como el contexto en que se efectuó (antes del Consejo Europeo de marzo y prácticamente al mismo tiempo que el *eurogrupo* daba luz verde al pago del segundo rescate a Grecia). Del mismo modo, también resulta llamativo que los dos estados que se negaron a rubricar el Tratado de Estabilidad (Reino Unido y la República Checa) formen parte ahora de esta misiva, aunque el planteamiento liberalizador que efectúa podría explicar su posición, sobre todo en el caso británico.



deja a un miembro de la importancia del Reino Unido (y también la República Checa) en una especie de limbo político-jurídico<sup>1100</sup>, al tiempo que pone al descubierto la necesidad de modificar el procedimiento de revisión de los Tratados. De hecho, el art. 14 TCEG da un giro a la regla de la unanimidad prevista en el art. 48 TUE (precisamente porque el Reino Unido había utilizado esta previsión para impedir la modificación de los Tratados) al disponer que su entrada en vigor (cuyo marco temporal sitúa el 1 de enero de 2013) se producirá una vez haya sido ratificado por doce estados miembros de la *eurozona*<sup>1101</sup>.

De esta forma, el nuevo Tratado intergubernamental consagra una UE de varias velocidades: los estados de la *eurozona* que lo ratifiquen, dándose la circunstancia de que al no ser necesaria la unanimidad para su entrada en vigor, el Tratado podría llegar a funcionar para menos estados que el total de integrantes de la *eurozona*; el resto de países de la UE que ratifiquen el Tratado y que no son miembros del euro; y finalmente, los estados que forman parte de la Unión pero que ni siquiera rubricarían el Tratado, como el Reino Unido o la República Checa.

No se puede negar que, desde el punto de vista presupuestario, se progresa en uno de los ámbitos que dificultaban la comprensión de la dimensión federalizante de la Unión, pero el resultado nos deja la duda de si lo conseguido no es más que una gobernanza económica parcial y si sus previsiones son las más adecuadas para salir de la crisis económica y financiera actual. Además, como hemos expuesto a lo largo de este trabajo, incluso sin este Tratado ya se cumplirían gran parte de los parámetros empleados por la Teoría del Federalismo para que la UE fuera entendida como realidad federalizante *lato sensu*.

Por último, y conectado con lo anterior, conviene recalcar que la articulación del acuerdo a veinticinco no deja de ser el resultado de planteamientos previos desarrollados en clave intergubernamental (a pesar de que el art. 16 TCEG ponga un

---

<sup>1100</sup> Como dice Oppenheimer, “muestra la voluntad británica de mantenerse al margen pero también la de los continentales de hacer esa marginación explícita: sin cláusulas de *opt-in* o de *opt-out*, abriendo por primera vez el camino de un tratado para la gran mayoría, sin británicos y demás escépticos”, abonando el terreno hacia el debate sobre la permanencia del Reino Unido en el seno de la Unión Europea, OPPENHEIMER, Walter: “Niebla en el canal: Gran Bretaña aislada”, *El País*, 10 de diciembre de 2011, p. 4.

<sup>1101</sup> El gobierno irlandés decidió el 28 de febrero de 2012 la convocatoria de un *referendum* para ratificar el TCEG, al considerar la Fiscalía General que el nuevo Tratado modificaría la Constitución, lo que de conformidad con la normativa de este Estado, suponía la convocatoria de la consulta popular.

plazo de cinco años para incorporarlo a la estructura legal de la UE) puesto que no se puede obviar que tanto el acuerdo del 9 de diciembre como el Tratado intergubernamental recogen la esencia de la contribución franco-alemana presentada anteriormente, consagrando en la práctica un modelo de toma de decisiones al margen de las propias estructuras e instituciones de la Unión.

\* \* \*

## CAPÍTULO CUARTO

### EL SISTEMA DE DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE LA UNIÓN EUROPEA Y LOS ESTADOS

#### I. INTRODUCCIÓN

A lo largo de esta tesis doctoral hemos visto que la Unión Europea tiene rasgos federales muy acusados, más explícitos en el frustrado Tratado Constitucional y menos visibles en la letra emanada del vigente Tratado de Lisboa. Características de dimensión federalizante que conviven con otros elementos más cercanos a la óptica *iusinternacionalista* o intergubernamentalista (podemos recordar los déficits en política exterior o defensa, la composición de determinadas instituciones, o el procedimiento de reforma).

Ahora bien, sin pretender reabrir el complejo debate acerca de la naturaleza de la Unión, su configuración como una realidad *multinivel* es difícilmente cuestionable y como tal habrá que examinar cómo se articulan las capacidades de actuación de sus diversos componentes: el nivel comunitario/Unión Europea, y el nivel estatal, así como con las entidades subestatales.

Partiendo de la noción de competencia definida por Constantinesco como “el fundamento jurídico de la acción de las autoridades públicas en un Estado de Derecho”<sup>1102</sup>, el Capítulo Cuarto versará sobre el sistema de distribución de competencias entre la Unión y los estados, denominada también distribución vertical de competencias<sup>1103</sup>. Ámbito que consideramos, a todas luces, fundamental, puesto que como decía el profesor García-Pelayo, resulta “esencial a toda constitución federal establecer una delimitación de competencias entre la Federación y los Estados

---

<sup>1102</sup> CONSTANTINESCO, Vlad: *Compétences et pouvoirs dans les communautés européennes*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1974, p. 70.

<sup>1103</sup> Delimitación vertical de competencias en contraposición a la delimitación horizontal, que se referiría al reparto de competencias entre los órganos e instituciones europeas, *vid.* MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José: “La delimitación...”, pp. 359-360; puede verse en idéntico sentido la distinción entre competencias del ente u orden competencial vertical (*Verbandskompetenz*) y las competencias del órgano u orden competencial horizontal (*Organkompetenz*), VON BOGDANDY, Armin - BAST, Jürgen: “El orden competencial...”, pp. 19-20. Esta nomenclatura es heredera a su vez de la utilizada por Constantinesco, quien distinguía entre competencias (en un sentido vertical) y poderes (en un sentido horizontal), siendo el *poder* “la manifestación orgánica de la competencia”, la capacidad de realizar actos jurídicos obligatorios, *vid.* CONSTANTINESCO, Vlad: *Compétences...*, p. 83.

miembros”<sup>1104</sup>; de este modo, trataremos de concretar el modelo de distribución de competencias entre la Unión y los estados que forman parte de ella.

Conviene precisar que no pretendemos resolver en este Capítulo la complicada nebulosa que supone la distribución de competencias entre la Unión y los estados. Simplemente esbozaremos sus líneas maestras, intentando aclarar el modelo en varias fases: desde la situación del sistema de delimitación competencial anterior al Tratado de Lisboa, al modelo resultante del Tratado rubricado en la capital portuguesa que permite que hoy en día, por primera vez, los Tratados dispongan explícitamente de una categorización competencial, pasando por las aportaciones en este ámbito introducidas por la Convención Europea y el Tratado Constitucional, incluyendo las principales propuestas doctrinales que a lo largo de los últimos tiempos se han planteado.

Del mismo modo, el estudio que haremos del sistema competencial estará estrechamente conectado a los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, a la tipología normativa, o a la problemática de la primacía<sup>1105</sup>, ya que los criterios que delimitan el modelo competencial o la aplicación de las propias competencias, no se podrían entender si omitiéramos estos ámbitos. Además, de forma semejante a lo que ocurre en los estados de estructura compuesta, prestaremos especial atención a las decisiones emanadas por su Alto Tribunal (a los efectos de la Unión Europea, el Tribunal de Luxemburgo), ya que desarrollan, precisan y matizan en último extremo lo dispuesto en la letra de los textos constitucionales o Tratados.

## II. LAS TÉCNICAS DE DISTRIBUCIÓN VERTICAL DE COMPETENCIAS

Como acabamos de ver, la separación de poderes puede ser de dos tipos: horizontal y vertical. En el primer caso, estamos hablando de la clásica separación de poderes heredera de Locke y Montesquieu relativa a la distribución de los poderes que le corresponden a cada órgano del Estado, dentro de los estados de naturaleza y estructura unitaria. En el segundo caso, que es sobre el que nos centraremos a lo largo de este

<sup>1104</sup> GARCÍA-PELAYO Y ALONSO, Manuel: *Derecho constitucional...*, p. 234.

<sup>1105</sup> Como refleja Beneyto, la problemática del reparto de competencias es que se encuentra entrelazada con diversas cuestiones, como los tipos de actos normativos, las modalidades de intervención, la jerarquía normativa o la estructura de pilares, *vid.* BENEYTO PÉREZ, José María: “Tesis para la discusión sobre el reparto de competencias en la Unión Europea”, Seminario hispano-alemán, Universidad San Pablo-CEU, Madrid, 21-22 de febrero de 2002, pp. 1-2.

Capítulo, nos referimos al reparto o distribución de competencias entre los diferentes niveles territoriales que componen un Estado federal, cuasifederal o simplemente compuesto.

Esta distribución vertical de competencias es el principal rasgo que define al sistema federal, “si bien no podemos olvidar que federalismo y constitucionalismo van unidos de manera que debe existir separación de poderes horizontal, que varía según los diferentes sentidos otorgados al constitucionalismo en los diversos países”<sup>1106</sup>. Por lo tanto, la plasmación constitucional del reparto de competencias es un elemento de diferenciación entre los modelos de organización política de inspiración federal (federación o confederación) y los unitarios. En los modelos unitarios, el poder político es ejercido por un único conjunto de instituciones de forma que la Constitución sólo lo divide de forma horizontal (es decir, en los planos legislativo, ejecutivo y judicial). En los modelos federales, a la anterior división horizontal habría que añadir la vertical o territorial resultante de la diferenciación entre el poder central o federal y los poderes periféricos o federados, de modo que esta doble división fortalece la limitación del poder político<sup>1107</sup>.

Ahora bien, este reparto vertical del poder puede realizarse de diversas maneras y con diferentes técnicas, produciendo según los casos tipologías diferenciadas dentro de ese proceso federal o federalismo en sentido amplio al que nos referíamos en el Capítulo Primero. En este sentido, como explicaremos a continuación, la distribución vertical puede fundamentarse en una división material o en una división funcional.

En el supuesto de una distribución material, se asignan competencias y materias concretas a los diferentes niveles territoriales, lo que es propio del modelo dual norteamericano en el que cada nivel es, al menos en el plano teórico, completamente autónomo. De esta forma, es práctica comúnmente aceptada por la doctrina que el poder central o federal tenga las competencias relativas a asuntos exteriores, defensa, sistema

---

<sup>1106</sup> LÓPEZ ÁLVAREZ, Luis Felipe: *Federalismo...*, p. 43.

<sup>1107</sup> *Vid.* CANCELA OUTEDA, Celso: *El proceso de...*, p. 191. Este autor apunta, por consiguiente, que el reparto territorial del poder “provoca su dispersión o difusión entre diversos centros o estructuras políticas”, *ibidem*.

monetario, pesos y medidas, nacionalidad, comercio y comunicaciones entre los estados miembros y los medios para llevar a cabo las tareas centrales o federales<sup>1108</sup>.

En el caso de una distribución funcional, se dividen las distintas funciones (legislativa, desarrollo normativo y ejecución) entre los diversos niveles territoriales, lo que sería característico del federalismo cooperativo alemán o de ejecución suizo, siendo necesarios mecanismos de vigilancia y coordinación entre ambos niveles. En este sentido “el reparto funcional no asegura tanto la independencia como el reparto material. En aquél ambos poderes se necesitan; en éste cada poder cuenta con un complejo aparato estatal con capacidad para hacer cumplir las leyes”<sup>1109</sup>.

Ambos sistemas tienen sus ventajas e inconvenientes<sup>1110</sup>, si bien la realidad muestra que la división material/funcional no es estanca y se produce un progresivo acercamiento asumiendo un modelo características del otro y viceversa, de forma que muchas veces lo que se da es un modelo híbrido en el que se reparten materias y funciones, caso en el que, como detallaremos, inscribimos a la Unión Europea.

Desde un punto de vista técnico, existen igualmente varias posibilidades en función de las listas que se realicen<sup>1111</sup>:

a) Enumeración expresa de materias del poder central o federal, mientras que el resto corresponden a los poderes periféricos o federados. De esta forma, “la práctica totalidad de las Constituciones federales recogen un catálogo en el que se enumeran las competencias atribuidas a la Federación”<sup>1112</sup> mientras que “el resto de competencias, en virtud de la denominada cláusula residual inherente a la noción de los *enumerated powers*, son propias de los Estados”<sup>1113</sup> lo que también permite “cubrir *ipso facto* eventuales lagunas respecto a competencias no previstas en los catálogos”<sup>1114</sup>. Este sería

<sup>1108</sup> Vid. LOEWENSTEIN, Karl: *Teoría...*, p. 356. No obstante, la enumeración de materias que acabamos de mencionar únicamente tiene valor orientativo, pues varían según el Estado o el momento histórico de que se trate, vid. FRIEDRICH, Carl J.: *Gobierno...*, p. 406 y CANCELA OUTEDA, Celso: *El proceso de...*, p. 192.

<sup>1109</sup> LÓPEZ ÁLVAREZ, Luis Felipe: *Federalismo...*, p. 48.

<sup>1110</sup> En principio, el modelo cooperativo sería más apropiado en aquellos casos en los que existiera mayor intervención estatal (como el sistema centroeuropeo o el americano posterior al *New Deal*) mientras que el dual asegura teóricamente mejor el poder de los estados miembros de la Federación, vid. *ibidem*.

<sup>1111</sup> Vid. CANCELA OUTEDA, Celso: *El proceso de...*, p. 192.

<sup>1112</sup> MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José: *El sistema...*, pp. 101-102.

<sup>1113</sup> *Ibidem*, p. 102.

<sup>1114</sup> *Ibidem*.

el caso de la Constitución de los Estados Unidos, que otorga la competencia residual a los estados, es decir, todo lo que no esté atribuido por la Constitución a la Federación pertenece a los estados (enmienda X), lo mismo que prevé para Alemania el art. 70 de la Ley Fundamental de Bonn.

b) Enumeración de las materias de los poderes periféricos o federados y reserva de las demás al poder central o federal, como sería el caso de la dimensión final del art. 149.3 de la Constitución española que permite en última instancia la competencia del poder central, al igual que el art. 91 de la Constitución de Canadá de 1867. Debemos reseñar que este modelo en el que la cláusula residual es favorable al nivel federal resulta inhabitual, siendo Canadá la excepción a la regla general.

c) Enumeración en listas separadas de las competencias del poder central o federal y de los poderes periféricos o federados. Sería el caso de Alemania, donde en la Ley Fundamental de Bonn se puede encontrar un listado de competencias exclusivas de la Federación (art. 73) y concurrentes de *Bund* y *Länder* (art. 74); de España, donde la Constitución prevé competencias exclusivas del Estado (art. 149.1) y competencias que pueden asumir las comunidades autónomas (art. 148); o de Canadá (competencias de la Federación en el art. 91 y de las provincias en el art. 92 de su Constitución). Situación diferente a la de Estados Unidos, donde opera un único listado de competencias de la Federación y no existe, por tanto, un catálogo de competencias estatales (art. I, sección 8 de la Constitución de 1787).

No obstante, la distribución vertical de competencias tiende a complicarse porque los tres criterios anteriores pueden dar lugar a su vez a diferentes variantes en función de la intensidad con la que cada nivel territorial ejerce su competencia y las funciones que realiza, pues como ya hemos expuesto, la realidad muestra una combinación de los criterios materiales y funcionales. En este sentido, siguiendo al profesor García-Pelayo<sup>1115</sup>, podemos distinguir materias exclusivas y materias concurrentes.

---

<sup>1115</sup> Vid. GARCÍA-PELAYO Y ALONSO, Manuel: *Derecho constitucional...*, pp. 234-235.

Cuando nos referimos a las competencias exclusivas, estamos hablando de materias cuya legislación y ejecución, o simplemente una de esas actividades, pertenecen por entero a uno de los niveles territoriales. Así, pueden distinguirse:

1) Materias cuya legislación y ejecución corresponden en exclusiva al poder central o a la Federación. En este caso, la competencia ejecutiva de la Federación podría desarrollarse de modo inmediato a través de los propios órganos federales o centrales (caso de Estados Unidos), o de modo mediato a través de los estados miembros o poderes periféricos que actuarían como órganos federales bajo la vigilancia e inspección de la Federación o del poder central.

2) Materias cuya legislación y ejecución pertenecen exclusivamente a los estados miembros o poderes periféricos.

3) Materias cuya legislación corresponde al poder central o a la Federación y la ejecución de la misma a los estados miembros o poderes periféricos.

Cuando nos referimos a las competencias concurrentes o compartidas<sup>1116</sup>, estamos hablando de aquellas materias que pueden ser reguladas tanto por la Federación como por los estados miembros o poderes periféricos, dando lugar a diferentes posibilidades que pueden operar de forma separada o combinada:

1) Que los estados miembros o poderes periféricos sólo puedan legislar en el caso de que la Federación o poder central no haga uso de sus competencias. De este modo, operaría la *preemption* o principio de preclusión que convertiría por la vía de los

<sup>1116</sup> Si bien utilizaremos a estos efectos los términos competencia concurrente y compartida de forma indistinta, estas categorías no son exactamente iguales, puesto que si una competencia fuese realmente compartida no produciría el efecto de desplazar la competencia de un nivel en relación con el otro, sino que se ejercitarían conjuntamente. En este sentido, el profesor Aja, al explicar el modelo competencial español, diferencia entre competencias exclusivas (las del Estado contenidas en el art. 149.1 de la Constitución), concurrentes (donde el Estado adopta la ley básica y las comunidades autónomas la ley de desarrollo, el reglamento y la ejecución) y compartidas (en las que legisla el Estado y ejecutan las comunidades autónomas), *vid.* AJA, Eliseo: *El Estado...*, pp. 105-110. Por otro lado, ambos términos (concurrentes y compartidas) difieren del concepto de competencias paralelas, denominadas en el ámbito norteamericano *concurrent powers*, lo que genera todavía más confusión. A través de dichas competencias paralelas los distintos niveles territoriales son competentes para dictar disposiciones sobre una determinada materia sin que la intervención de cualquiera de ellos desplace al otro, como en el caso de las obligaciones impositivas en los Estados Unidos, que tienen que ser cumplidas tanto frente a su Estado federado como frente a la Federación, *vid.* MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José: *El sistema...*, pp. 106-107.



hechos competencias concurrentes en exclusivas, desplazando en esos ámbitos la intervención del nivel periférico. Esta sería la opción principal manejada por los principales modelos federales para determinar el modo de ejercicio de las competencias concurrentes, como refleja el art. 72.1 de la Ley Fundamental de Bonn al disponer que “en el ámbito de la legislación concurrente, los *Länder* tienen la facultad de legislar mientras y en la medida que la Federación no haya hecho uso mediante ley de su competencia legislativa”.

2) Que los estados miembros o poderes periféricos dispongan de la capacidad legislativa respecto de dichas materias, si bien la Federación o el poder central podrían legislar sobre ellas cuando se considere necesaria una regulación unitaria. De esta forma se exigiría que para que se produzca la intervención federal/central se den una serie de condicionantes vinculados a la eficacia de la acción pretendida, su carácter supraestatal o a la unidad jurídica, económica o social. En este sentido podría entenderse la cláusula de necesidad del art. 72.2 de la Ley Fundamental de Bonn que determina la posibilidad de actuación de la Federación para los casos de competencia concurrente (art. 74) entre *Bund* y *Länder*. No obstante, pese a esta cláusula de necesidad, Alemania tampoco ha podido frenar la expansividad de la regulación por parte de la Federación, en parte por la amplitud de sus términos y en parte por la interpretación del Tribunal Constitucional que ha otorgado gran capacidad de actuación al *Bund* en este ámbito<sup>1117</sup>. Por ello, la modificación de la Ley Fundamental de Bonn de 28 de agosto de 2006, buscó una formulación más adecuada de la cláusula de necesidad, “restringiendo su aplicación a ciertas materias, en lugar de extenderse sobre todos los casos en los que el *Bund* puede dictar legislación concurrente”<sup>1118</sup>.

3) Que la legislación básica sobre dichas competencias concurrentes corresponda a la Federación o poder central, mientras que la normativa reglamentaria o detallada pertenezca a los estados miembros o poderes periféricos. Este sería el caso de las materias contenidas en el art. 75 de la Ley Fundamental de Bonn sobre las que la Federación dictaría las normas básicas y los *Länder* las desarrollarían, si bien este precepto ha sido derogado por la reforma constitucional de 2006.

<sup>1117</sup> Vid. SÁNCHEZ RUIZ, Ana Isabel: *Federalismo...*, pp. 44-45.

<sup>1118</sup> ALBERTÍ ROVIRA, Enoch: “Las reformas...”, p. 17. Conforme a lo dispuesto en el art. 72.2 de la Ley Fundamental de Bonn, las materias serían las contenidas en el art. 74.1, números 4, 7, 11, 13, 15, 19 a, 20, 22, 25 y 26.

En todo caso, la realidad demuestra que cuanto más reciente es la Constitución más detallado es su catálogo competencial<sup>1119</sup>, lo que no supone necesariamente una mayor clarificación del modelo, puesto que en última instancia el sistema de listas siempre es incompleto e impreciso, siendo inevitables los conflictos entre los diferentes niveles territoriales (en especial cuando en el texto constitucional existen varios listados atributivos de competencia a los diversos niveles) que hacen necesaria la existencia de un órgano, normalmente de carácter judicial o cuasijudicial, con capacidad de interpretar y asignar de forma definitiva la competencia a uno de los niveles. Por eso, y pese a la importancia que efectivamente tienen los listados, tampoco podemos caer en su sacralización, ya que acaban siendo fundamentalmente criterios o principios generales sujetos a interpretación judicial<sup>1120</sup>.

Además, no podemos olvidar que, al margen de lo dispuesto por los listados, es común a todos los sistemas federales o semifederales, en mayor o menor medida, el incremento de los poderes de la Federación o del nivel central. Esta situación opera fundamentalmente en base a tres principios que también aparecerán en el ámbito del Derecho de la Unión Europea: el propio principio de preclusión ya mencionado, el reconocimiento de los poderes implícitos, y el principio de primacía del Derecho federal o central.

El primero de ellos, el principio de preclusión o *preemption*, tiene su origen en el Derecho Constitucional norteamericano, siendo desarrollado a partir de las sentencias del Tribunal Supremo *Gibbons/Ogden* de 1824 y *Brown/Maryland* de 1827<sup>1121</sup> conforme al planteamiento de que cuando las autoridades federales utilizan los poderes atribuidos por la Constitución federal en relación a una determinada materia, impiden futuras intervenciones de las autoridades federadas sobre la misma, de modo que dicha materia queda vedada o cerrada para los poderes federados<sup>1122</sup>.

---

<sup>1119</sup> Mientras la Constitución norteamericana de 1787 contenía un listado con las competencias del Congreso, que serían fundamentalmente las que corresponderían al nivel federal (art. I, sección 8), la Ley Fundamental de Bonn de 1949 define tres listados diferentes (arts. 72, 73, 74) y antes de la reforma de 2006, cuatro (añadiendo el antiguo art. 75).

<sup>1120</sup> Vid. CANCELA OUTEDA, Celso: *El proceso de...*, pp. 193-194.

<sup>1121</sup> Vid. *ibidem*, p. 201.

<sup>1122</sup> Vid. BURNS, James - PELTASON, J. W. - CRONIN, Thomas - MAGLEBY, David: *Government by the People*, New Jersey, Prentice Hall, 1998, p. 65.

Este principio posee, por tanto, una notoria fuerza expansiva, siendo necesario para que opere que el interés federal sea tan dominante sobre una materia que impida que tenga cabida la normativa estatal<sup>1123</sup>, lo que a la postre se traduce en el avance del poder federal frente al de los estados federados implicando “una centralización del poder en manos de la federación”<sup>1124</sup>, lo que es “especialmente perceptible y grave en el marco de las competencias compartidas porque supone la expulsión *de facto* de los Estados federados de un ámbito material que la Constitución les atribuye”<sup>1125</sup>.

Lo anterior supone, a juicio del profesor Nanclares, que en última instancia y “en cuanto a sus efectos, la competencia que inicialmente era compartida termina por tener los mismos efectos jurídicos que las competencias exclusivas”<sup>1126</sup>, siendo esta asimilación asumida en cuanto a sus resultados prácticos por el propio Tribunal Constitucional Federal alemán en relación con las competencias concurrentes sobre la base de lo establecido en el art. 72.1 de la Ley Fundamental de Bonn<sup>1127</sup>.

En segundo lugar, por medio de la doctrina de los poderes implícitos el poder central o federal dispone, a mayores de los poderes que expresamente le atribuya la Constitución, de aquellos poderes que sean necesarios para el ejercicio de estos últimos. Esta doctrina, cuyo origen se situaría en la Constitución de los Estados Unidos a través de la *necessary and proper clause*<sup>1128</sup>, ha sido acogida tanto en los modelos federales<sup>1129</sup>

<sup>1123</sup> *Vid. ibidem.*

<sup>1124</sup> CANCELA OUTEDA, Celso: *El proceso de...*, p. 202.

<sup>1125</sup> *Ibidem.*

<sup>1126</sup> MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José: *El sistema...*, p. 159.

<sup>1127</sup> *Vid. ibidem.*

<sup>1128</sup> La raíz de los poderes implícitos estaría en el art. I, sección 8, cláusula 18 de la Constitución norteamericana. Esta cláusula representaba el punto de equilibrio entre las tesis más federalistas de Hamilton y las más proclives a la defensa del papel de los estados comandadas por Jefferson. En ambos casos se asumía la necesidad de una previsión de esta naturaleza que corrigiera su ausencia de los *Articles of Confederation* que, en parte, habían fracasado por la incapacidad del poder federal para asumir competencias en materia impositiva y de comercio exterior al no contar con dicha cláusula. Una vez aprobada la Constitución de 1787, se mantuvieron las discusiones en torno al alcance de estos poderes implícitos: por un lado, Jefferson defendía una interpretación estricta por la que sólo se justificaban los poderes implícitos cuando su ausencia implicase la imposibilidad del ejercicio de una competencia federal expresamente atribuida; por el otro, Hamilton defendía una interpretación más amplia sobre la base de atribuir a la Federación aquellas competencias que de forma natural estuvieran unidas al ejercicio adecuado de la competencia expresa. Finalmente, el Tribunal Supremo fijó la posición definitiva, siendo su formulación desarrollada por el juez Marshall en la célebre sentencia del Tribunal Supremo de 1819 *McCulloch/Maryland* que se aproximaba a las tesis de Hamilton al sustentarse en la utilidad para la realización eficaz de las competencias expresas, lo que se confirmaría después de la Guerra de Secesión americana en la sentencia *Juilliard/Greenman* de 1884, *vid.* MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José: *El sistema...*, pp. 126-128.

como incluso en la esfera de las organizaciones internacionales<sup>1130</sup>. Además, en el ámbito norteamericano, no podemos dejar de mencionar dos vías singulares de expansión del poder federal derivadas de los poderes implícitos. De un lado, el desarrollo de la cláusula del comercio o *commerce clause* (art. I, sección 8) que, a partir de la facultad del Congreso federal “para regular el comercio con las naciones extranjeras o entre los distintos Estados del país” permitió al Tribunal Supremo incrementar notablemente las competencias federales<sup>1131</sup>, no sólo en los ámbitos económicos “sino también en materias sociales, laborales, sanitarias, de medio ambiente, industria, agricultura, transporte [...] de modo que se la puede considerar como una cláusula horizontal de atribución de competencia”<sup>1132</sup>. De otro, la cláusula por la que la Federación tiene poder *to tax and to spend*, es decir poder impositivo (no sólo de recaudación sino también de regulación) y de gasto a través de las subvenciones federales que implican unos requisitos que los estados han de cumplir (y así lo hacen para conseguir dicha financiación) y con ello, el poder federal amplía su radio de acción.

Finalmente, estaría el principio de primacía del Derecho federal o central sobre el estatal. Principio sobre el que ya nos hemos detenido en esta tesis doctoral al estudiar las características básicas de los modelos federales y cuya operatividad queda de manifiesto en la *supremacy clause* del art. VI de la Constitución norteamericana, el art. 31 de la Ley Fundamental de Bonn o el propio art. 149.3 de la Constitución española.

<sup>1129</sup> La doctrina considera también la existencia de otra categoría que guardaría gran similitud con los poderes implícitos: los *resulting powers*. Sería una categoría de competencias no previstas en la Constitución pero que, a través de distintos mecanismos interpretativos, pueden atribuirse a la Federación. Su definición sería imprecisa, si bien en el ámbito alemán parece corresponderse con las denominadas competencias por fuerza de su misma naturaleza, *vid. ibidem*, pp. 132-133. El profesor Nanclares rechaza que pueda hablarse de esta categoría en el ámbito del Derecho Comunitario, *vid. ibidem*, p. 134.

<sup>1130</sup> *Vid. avis consultativ* del Tribunal Permanente de Justicia Internacional, de 23 de julio de 1926, que supone el origen de las competencias implícitas en el ámbito internacional al aplicar este principio a la Organización Internacional del Trabajo, y sobre todo el *dictamen* del Tribunal Internacional de Justicia sobre la reparación de daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas, de 11 de abril de 1949.

<sup>1131</sup> *Vid.* sentencias del Tribunal Supremo de los Estados Unidos *Gibbons/Ogden* de 1824, *Wickard/Filburn* de 1942, o *Southern Pacific Co./Arizona* de 1945.

<sup>1132</sup> SÁNCHEZ RUIZ, Ana Isabel: *Federalismo...*, pp. 25-26.

### III. EL MODELO DE DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE LA UNIÓN EUROPEA Y LOS ESTADOS ANTERIOR A LA ENTRADA EN VIGOR DEL TRATADO DE LISBOA

En este epígrafe examinaremos el cuadro general de distribución de competencias entre la CE/UE<sup>1133</sup> y los estados que la componen de conformidad con lo previsto en los Tratados antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009, y de acuerdo con las pautas fijadas por la jurisprudencia del entonces todavía denominado Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Así, en primer lugar, estudiaremos la singular clasificación competencial de la Unión. Singular porque partía de un método funcionalista donde la definición de las competencias se hacía en función de los objetivos previstos en los propios Tratados que poco a poco irían conviviendo con un modelo de competencias materiales, estando uno y otro mecanismo vinculados a través de las bases jurídicas presentes en los Tratados. Además, veremos como, a partir del trabajo llevado a cabo por el TJCE, se podrían distinguir distintas tipologías competenciales, ya fuera por la intensidad con la que se ejercitara la competencia (exclusivas, compartidas o complementarias) o por la potestad que implicara dicha competencia (legislativa, desarrollo legislativo o ejecutiva).

En segundo lugar, analizaremos como este complejo cuadro competencial estaría en continua expansión, incrementando las competencias y poderes de las instituciones comunitarias, a partir de la jurisprudencia del TJCE, sobre todo en las primeras décadas posteriores a la creación de las Comunidades Europeas, a través de los poderes implícitos, la cláusula de flexibilidad o las denominadas competencias horizontales.

Finalmente, estudiaremos la configuración que se daba a los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, explicitados en el Derecho originario a partir del Tratado de Maastricht con el fin, entre otras cosas, de atemperar esa *vis* expansiva de las competencias comunitarias.

---

<sup>1133</sup> Como hemos expuesto a lo largo de esta tesis doctoral, hasta la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la Unión Europea no poseía personalidad jurídica y era la Comunidad Europea la que la tenía. Por ello, y como la articulación del sistema competencial se refería fundamentalmente al ámbito comunitario (la PESD y la CPJMP tenían procedimientos singulares derivados de su naturaleza intergubernamental) en ocasiones se utilizan como equivalentes los términos Comunidad-Comunidades y Unión en este ámbito, aunque en puridad no lo son.

## A. La clasificación competencial

Como acabamos de exponer, comenzaremos el examen del singular modelo competencial comunitario atendiendo a tres puntos de vista diferentes, a la par que convergentes, pues están estrechamente interrelacionados: el método de asunción de competencias, la intensidad con la que se ejercitan, y la potestad que implica su ejercicio.

### 1. Método de asunción: objetivos *versus* materias

El sistema competencial vigente en la Unión Europea hasta la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, a diferencia de lo que sucede en la mayoría de los estados federales, incluidos los modelos de federalismo cooperativo, no vino caracterizado por una distribución competencial en razón de las materias<sup>1134</sup>.

De esta forma, no existían en los Tratados ninguna de las técnicas de catalogación competencial que, *lato sensu*, disponen los diversos estados federales o semifederales mencionados en el apartado anterior y que, aun con diferentes regulaciones, mantienen rasgos comunes: la Constitución norteamericana prevé determinadas competencias que estarán en manos de la Federación (competencias del Congreso, sección 8, art. I), lo mismo que la alemana (art. 73), la española (art. 149.1) o la canadiense (art. 91); y todas ellas coinciden en un *minimum* de materias federales (política exterior, defensa, política comercial exterior o sistema monetario).

<sup>1134</sup> Como dice Scharpf “los primeros europeístas tenían en mente un sistema federal según el modelo americano; lo que se creó sin embargo fueron arreglos institucionales que se corresponderían más estrechamente a la tradición del federalismo alemán”, SCHARPF, F.: “The joint-decision trap: lessons from German federalism and European Integration”, *Public Administration*, vol. 66, (1988), p. 242. Stein habla de cuatro rasgos comunes a los sistemas norteamericano y europeo: “un quantum de poder es transferido de las autoridades locales a las centrales para reasignar, redistribuir *-reallocating-*, el poder central y local en respuesta a condiciones cambiantes; las autoridades centrales son en mayor o menor grado independientes de las autoridades locales; dentro de su esfera de competencia, el Derecho central tiene primacía *-precedence-* sobre el Derecho local y tiene un impacto directo sobre los ciudadanos; hay un mecanismo judicial para resolver las disputas en cuanto a la asignación o distribución del poder entre las autoridades centrales y las locales”, STEIN: “On Divided-Power Systems: Adventures in Comparative Law”, *European Community Law*, vol. I, Dartmouth, 1993, pp. 3-4, citado de SÁNCHEZ RUIZ, Ana Isabel: *Federalismo...*, p. 16; no obstante, a nuestro juicio, estas características serían aplicables a todos los sistemas federales y valdrían también, por consiguiente, para un modelo cooperativo como el alemán e incluso para un Estado unitario-autonómico como España.

Originariamente los Tratados comunitarios regulaban los objetivos a realizar; se partía, por tanto, de un criterio funcional. No obstante, la propia evolución de la Unión nos llevaría a matizar esta afirmación, pues la realidad mostraría como su sistema competencial no se basaba únicamente en los objetivos. En este sentido, la propia Convención apuntaba:

“si bien los Tratados originales atribuían las competencias legislativas a la CE basándose, por lo general, en los objetivos que debían alcanzarse (arts. 2 y 3 TCE) y en los medios para alcanzar esos objetivos (método funcional), en las sucesivas revisiones de los Tratados este método ha sido sustituido en ciertos casos por una clara atribución de competencias por materias, que consiste en definir las acciones concretas que debe llevar a cabo la Comunidad, acompañada en determinados casos de exclusiones específicas de competencia (método de atribución objetiva). De esta forma, en determinados ámbitos, las competencias legislativas de la Unión se establecen tanto en virtud de los objetivos como de las materias”<sup>1135</sup>.

De hecho, como expone el profesor Hinojosa “la verdadera delimitación competencial se realiza a través de bases jurídicas, diseminadas por todo el Tratado, que explicitan la relación entre las competencias enunciadas y los objetivos establecidos”<sup>1136</sup>, siendo “la base jurídica, y no la norma que establece los objetivos, el único fundamento de la competencia comunitaria”<sup>1137</sup>. En sentido similar, los profesores Mangas Martín y Liñán Nogueras apuntan que las competencias de la Unión no son títulos competenciales abstractos”<sup>1138</sup>, de modo que “los conceptos de competencia exclusiva, compartida y de apoyo [...] son una mera categorización genérica que precisa de una concreta *base jurídica*”<sup>1139</sup>. Por ello, la Unión no podría aprobar, sin límite, normas para lograr los objetivos establecidos en los Tratados, sino que estos objetivos se alcanzarán de acuerdo con las competencias atribuidas en los mismos<sup>1140</sup>.

---

<sup>1135</sup> *Nota del Praesidium a la Convención*: “Delimitación de competencias entre la UE y los Estados miembros – Sistema actual, problemas y vías de reflexión” (CONV 47/02), 15 de mayo de 2002, p. 6.

<sup>1136</sup> HINOJOSA MARTÍNEZ, Luis Miguel: *El reparto de...*, p. 29.

<sup>1137</sup> Esto sería así porque “los mencionados objetivos pueden proporcionar una excelente ayuda para precisar el alcance de la competencia material, a través de la interpretación teleológica de la base jurídica, pero sin que por ello sustituyan a esta última como razón de ser del poder de actuación comunitario”; para el citado profesor Hinojosa, la única excepción a este planteamiento sería el art. 308 TCE en el que el objetivo sería el fundamento de la competencia comunitaria, pero aún en este caso sería necesaria la base jurídica específica que aporta el art. 308 para añadir nuevos poderes, *vid. ibidem*.

<sup>1138</sup> MANGAS MARTÍN, Araceli - LIÑÁN NOGUERAS, Diego J.: *Instituciones...*, 2010, p. 71.

<sup>1139</sup> *Ibidem*.

<sup>1140</sup> *Vid. ibidem*, p. 54.

Así pues, entramos en una zona compleja en la que simplemente tocaremos aquellos puntos que consideramos fundamentales y los que han sido objeto de mayor polémica, puesto que, como explica Martín y Pérez de Nanclares “el sistema de atribución no es homogéneo. Se combinan competencias *materiales* encarnadas en disposiciones *ad hoc* [...] con atribuciones de competencia *funcionales* a través de diferentes medios jurídicos de intervención (reglamentos, directivas o decisiones) cuyo grado de acción es, a su vez, muy desigual (regulación exhaustiva, establecimiento de normas marco, armonización de disposiciones nacionales, elaboración de decisiones puntuales, deberes de comunicación, derechos de control, etc.). Por otro lado, existen diferentes niveles de acción. Las competencias comunitarias reservan usualmente la intervención normativa/legislativa a las instituciones comunitarias y su ejecución a los Estados. Pero en determinadas materias, como en el Derecho de la Competencia, se encargan ellas mismas también de esa segunda dimensión”<sup>1141</sup>.

Siguiendo el esquema propuesto por este autor, la clave del sistema competencial comunitario sería el art. 5 TCE, que contendría los principios de atribución, subsidiariedad y proporcionalidad<sup>1142</sup>, acompañado de las misiones que se preveían en el genérico art. 2, concretadas a su vez por los arts. 3 y 4 TCE, que establecían respectivamente el mercado único y una unión económica y monetaria basada en la estrecha coordinación de las políticas económicas estatales.

Este armazón general se desarrollaría a través de normas competenciales positivas y negativas, también denominados principios de legalidad positiva y negativa, respectivamente<sup>1143</sup>.

En virtud del principio de las normas competenciales positivas, los actos comunitarios de Derecho derivado han de tener siempre una base jurídica en los

<sup>1141</sup> MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José: *El sistema...*, pp. 152-153.

<sup>1142</sup> El art. 5 recogería el principio de atribución expresa de competencias como criterio rector de asignación de competencias, reconoce (aunque sea de forma implícita) la categorización de las competencias en exclusivas y no exclusivas y, en relación con el ejercicio de dichas competencias, establece el principio de proporcionalidad para todas y del de subsidiariedad respecto a las no exclusivas, *vid.* MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José: “La delimitación...”, p. 349. Para el profesor Hinojosa, el principio de atribución supondría una triple garantía: “por un lado evita que la UE pueda adoptar actos en los ámbitos de competencia estatal; por otro lado, garantiza el equilibrio de poder entre las instituciones comunitarias; por último, impide que los Estados miembros puedan recuperar unilateralmente las competencias que han atribuido a la Unión”, HINOJOSA MARTÍNEZ, Luis Miguel: *El reparto de...*, p. 79.

<sup>1143</sup> *Vid.* VON BOGDANDY, Armin - BAST, Jürgen: “El orden competencial...”, pp. 24 y 22.



Tratados constitutivos o, al menos, en otro acto de Derecho derivado basado en los mismos Tratados (principio de atribución); así pues, el primer párrafo del art. 5 TCE impedía una competencia genérica de las Comunidades. Este principio se concretaría, a su vez, en atribuciones competenciales de carácter específico<sup>1144</sup> y de carácter general u horizontal (arts. 94 y 95 TCE) que permiten adoptar medidas armonizadoras (legales e incluso infralegales) relativas al establecimiento y funcionamiento del mercado interior. No obstante, el diseño del sistema tendría un carácter especialmente abierto, a través del reconocimiento de la doctrina de los poderes implícitos y del efecto útil, la teoría del paralelismo entre competencias internas y externas, así como por la cláusula de flexibilidad del art. 308 TCE<sup>1145</sup>; con todo, esto no supondría una *Kompetenz-Kompetenz* a favor de la Comunidad, ni siquiera a la luz del art. 308<sup>1146</sup>.

Por lo que se refiere al principio de normas competenciales negativas, la atribución de competencias podría verse limitada por la necesidad de respetar una serie de ámbitos: serían las denominadas “reservas competenciales *stricto sensu*”<sup>1147</sup> y las “exclusiones competenciales *lato sensu*”<sup>1148</sup>; es decir, ámbitos en principio vedados a la acción de la Unión Europea.

Aún habría una última vía, desarrollada a partir del Tratado de Ámsterdam<sup>1149</sup>, que permitiría al sistema competencial una gran flexibilidad: el método de coordinación

<sup>1144</sup> Una amplia muestra de estas competencias específicas pueden verse en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José: *El sistema...*, pp. 147-148, nota 17; de esta forma, “todo acto comunitario debe justificarse por referencia a una base jurídica que otorgue esa capacidad de acción a la Unión”, siendo necesario como requisito de validez de las normas, la elección de la base jurídica adecuada, pudiendo el TJCE en caso contrario declarar su nulidad, HINOJOSA MARTÍNEZ, Luis Miguel: *El reparto de...*, pp. 78-79.

<sup>1145</sup> Y también por lo dispuesto en el art. 6.4 TUEa: “La Unión se dotará de los medios necesarios para alcanzar sus objetivos y para llevar a cabo sus políticas”.

<sup>1146</sup> *Vid.* MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José: “The Federal Elements...”, p. 622, en el sentido de que la Comunidad no dispone de un poder general para determinar la distribución de competencias.

<sup>1147</sup> MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José: “La delimitación...”, p. 352. En dicha obra considera que, a su vez, podrían ser reservas de carácter general (arts. 293, 295 y 296 TCE), de carácter particular (algunas políticas de la CE, así como la PESC y la CPJMP) y disposiciones recogidas en algunos Protocolos anexos, *vid.* pp. 352-353.

<sup>1148</sup> *Ibidem*, p. 353. El citado autor pone como ejemplo de estas exclusiones genéricas la limitación a otras intervenciones comunitarias que suponen las libertades fundamentales y el deber de la Unión de respetar la identidad nacional de los estados (art. 6.3 TUEa), *vid. ibidem*, pp. 353-355.

<sup>1149</sup> Hay autores que sitúan incluso antes el origen de este método, en el Libro Blanco de la Comisión “Crecimiento, competitividad y trabajo” de 1993, siendo desarrollado posteriormente en la cumbre especial sobre el empleo de Luxemburgo de 1997 y en el Consejo Europeo de Lisboa de 2000, *vid.* STRAZZARI, Davide: “Le competenze complementari e il metodo aperto di coordinamento: suggerimenti per un ruolo più attivo delle Regioni in ambito comunitario”, *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, vol. I, (2003), pp. 240-251, donde hace un repaso desde su origen a las consecuencias político-jurídicas que su empleo genera, tanto en el plano vertical como horizontal.

abierta (*Open Method of Coordination*). Este mecanismo, criticado por el Parlamento Europeo<sup>1150</sup>, consistiría básicamente en una política de convergencia entre los estados de la Unión respecto a determinadas áreas sensibles para estos últimos, vinculadas a la idea del *welfare state*, como la política social y de empleo (como el art. 128 TCE), tomándose las decisiones por un procedimiento particular al margen del método comunitario. Sus características, definidas en el Consejo Europeo de Lisboa de 23 y 24 de marzo de 2000, se sustentaban en el establecimiento de directrices de carácter europeo combinadas con calendarios específicos para lograr determinados objetivos, concretadas a través de medidas de política nacional y regional que serían periódicamente evaluadas. Se trataba de seguir progresando en unas áreas en las que no habría avances por la vía clásica con la intención de lograr la convergencia, que no armonización, de políticas dejando en un segundo lugar el procedimiento<sup>1151</sup>. El problema vendría dado porque su uso, cada vez más generalizado, podía alterar el equilibrio institucional de la Unión, fortaleciendo de forma inequívoca al Consejo, y dejando en una posición poco relevante al Parlamento Europeo; al tiempo, sus posibilidades de control judicial serían mínimas, pues se trataban de instrumentos de *soft law*, en principio no vinculantes legalmente y que no disponían sanciones formales contra aquellos estados que no cumplan<sup>1152</sup>.

En definitiva, estábamos ante un sistema donde las Comunidades necesitaban un fundamento jurídico para poder actuar, es decir, una competencia (siguiendo la terminología de Constantinesco) ya que la competencia general correspondía a los estados. Pero ello no significaba que el modelo estuviera petrificado, sino que a través de una serie de instrumentos (competencias implícitas, arts. 94 y 95, o el art. 308), y la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, configuraban un sistema dinámico, flexible y abierto, modulable para adaptarse a nuevas necesidades y perdurar en el tiempo<sup>1153</sup>.

<sup>1150</sup> Vid. Resolución sobre la delimitación de competencias entre la Unión Europea y los Estados miembros, de 16 de mayo de 2002.

<sup>1151</sup> Vid. STRAZZARI, Davide: “Le competenze complementari...”, pp. 239-240, que recoge a su vez la definición de Jacobsson en *Innovations in EU Governance - The Case of Employment Policy Coordination*, SCORE report, 2001.

<sup>1152</sup> Vid. STRAZZARI, Davide: “Le competenze complementari...”, p. 241.

<sup>1153</sup> Charpentier se refiere a esto como el equilibrio entre dos principios, el de especialidad (CE vinculada por el principio de atribución), y el principio comunitario, vid. CHARPENTIER, Jean: “La repartition...”, pp. 66-67.

## 2. El criterio de la intensidad: competencias exclusivas, compartidas y complementarias

Como bien dice Martín y Pérez de Nanclares, “una vez conocida la competencia comunitaria [...] surge la cuestión relativa a su naturaleza”<sup>1154</sup>. El problema aparecía porque, dadas las peculiaridades del sistema comunitario, no existía ninguna clasificación de este tipo en los actuales Tratados, pues la vía del art. 5 que implícitamente diferenciaba exclusivas y compartidas en relación con el principio de subsidiariedad, era demasiado genérica.

Serían, por tanto, la doctrina y, sobre todo, el TJCE, los que proporcionaron una teoría competencial que, por esa misma razón, pecaba de “cierta inconsistencia y relatividad frente a las existentes en los sistemas competenciales federales”<sup>1155</sup>. Es más, durante algún tiempo hubo autores que rechazaban la existencia de competencias exclusivas en el plano de la Unión<sup>1156</sup> y, más recientemente, la mayoría de la doctrina todavía seguía sin ponerse de acuerdo en la propia delimitación de categorías y establecimiento de la nomenclatura. Así, Martín y Pérez de Nanclares distinguía entre competencias exclusivas, compartidas y complementarias<sup>1157</sup>, mientras que Von Bogdandy y Bast diferenciaban entre competencias exclusivas, concurrentes y paralelas, incluyendo dentro de éstas a las no regulativas, similares a las normas competenciales negativas a las que ya nos hemos referido con anterioridad<sup>1158</sup>.

La distinción entre exclusivas y compartidas (las complementarias o medidas de apoyo son cualitativamente menos importantes) resultará fundamental: si la competencia es exclusiva, las instancias comunitarias estarán obligadas a actuar excluyéndose toda intervención estatal (exceptuando el caso en que haya una habilitación expresa *ad hoc*); si es compartida, la Comunidad podrá intervenir siempre

---

<sup>1154</sup> MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José: *El sistema...*, p. 149.

<sup>1155</sup> *Ibidem*, p. 149; para este autor, “salvo el artículo 102 del Acta de adhesión del Reino Unido, Irlanda y Dinamarca y, en cierto sentido, el artículo 105A TCE, ninguna disposición competencial del Derecho Comunitario originario especifica la naturaleza de la atribución de competencia que contiene”.

<sup>1156</sup> *Vid.* BLECKMANN, Albert: *Europarecht-Das Recht der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft*, Colonia-Berlín-Bonn-Munich, Heymann, 1985, p. 462, recogido de MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José: *El sistema...*, pp. 150-151.

<sup>1157</sup> *Vid.* MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José: “La delimitación...”, pp. 355-357.

<sup>1158</sup> *Vid.* VON BOGDANDY, Armin - BAST, Jürgen: “El orden competencial...”, pp. 34-46. Como bien dice Mangas Martín “otros autores harían una clasificación con diversas variantes. Lo que confirma que, aunque la distribución exista, es confusa para los expertos e incomprensible para los ciudadanos”, MANGAS MARTÍN, Araceli: “La Unión Europea...”, p. 84.

que respete las exigencias debidas de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, si bien, con su intervención la competencia deviene *de facto* exclusiva por el funcionamiento de la preclusión (y su *occupation of the field*) que veremos a continuación<sup>1159</sup>. Por esta operatividad de la preclusión podría cuestionarse si la nomenclatura adecuada hubiese sido la de concurrentes para referirnos a las competencias de este tipo, ya que Unión y estados “concurren a regular, pero cuando lo hace la UE desplaza la competencia nacional y «ocupa el terreno»”<sup>1160</sup>, mientras que “si de verdad fueran competencias compartidas podrían ejercer conjuntamente las competencias”<sup>1161</sup>. Ahora bien, reiterando lo ya dicho, la dificultad estaba en que la propia naturaleza del sistema (dinámico y sin listas) llevaba a que la delimitación entre ambas categorías no fuese estable, variando en función de las sucesivas reformas o de la interpretación jurisprudencial.

Comenzando por las exclusivas, el Tribunal de Justicia definió su contenido en su célebre sentencia relativa a las pesquerías, que preveía una atribución a la Comunidad “total, definitiva y absoluta [...] incluso en caso de inactividad comunitaria”<sup>1162</sup>. La totalidad implicaría plenitud de medios para actuar, aunque respetando el principio de proporcionalidad del párrafo tercero del art. 5 TCE y el alcance normativo de la propia disposición; definitiva vendría a significar, en cierto sentido, obligación de actuar<sup>1163</sup>; mientras que el carácter absoluto eliminaría la posibilidad estatal de intervención, si bien la Comunidad podría habilitar la intervención de los estados<sup>1164</sup>. Precisamente, el amplio alcance de estas características es lo que movía a Martín y Pérez de Nanclares a considerar que “la exclusividad es una excepción a la regla general del Tratado, cual es la competencia compartida. [...] Por ello, habrá

<sup>1159</sup> Teóricamente la subsidiariedad sería la garantía de los estados, y la preclusión una vía expansiva para las Comunidades; en la práctica la situación estaba descompensada en perjuicio de la primera.

<sup>1160</sup> MANGAS MARTÍN, Araceli - LIÑÁN NOGUERAS, Diego J.: *Instituciones...*, 2010, p. 76.

<sup>1161</sup> *Ibidem*.

<sup>1162</sup> *Vid.* sentencia del TJCE de 5 de mayo de 1981, *Comisión/Reino Unido*, asunto 804/79; previamente la noción de competencias exclusivas ya había sido fijada por la sentencia de 14 de julio de 1976, *Cornelys Kramer e. a.*, asuntos 3-4 y 6/76.

<sup>1163</sup> Técnicamente, la falta de actuación podría desembocar incluso en un recurso por omisión (art. 232 TCE).

<sup>1164</sup> Cláusulas de habilitación a favor de los estados miembros que han de ser expresas, inequívocas y específicas; *vid.* sentencias del TJCE de 15 de diciembre de 1976, *Donckerwolcke e. a./ Procureur de la République e. a.*, asunto 41/76, o de 18 de febrero de 1986, *Bulk Oil/Sun International*, asunto 174/84, que incluso llegó a admitir una habilitación genérica, *vid.* MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José: *El sistema...*, pp. 153-158 y 166-170, y Díez-Hochleitner, Javier: “El sistema competencial de la Unión Europea en el Proyecto de Constitución elaborado por la Convención Europea”, en Albertí Rovira (director) - Roig Molés (coordinador), *El Proyecto de nueva Constitución Europea. Balance de los trabajos de la Convención sobre el futuro de Europa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 88-89.

que examinar [...] *ad casum* [...] debiendo regir el *principio in dubio pro concurrentia*”<sup>1165</sup>.

En todo caso, debemos tener presente que la noción de exclusividad de las competencias comunitarias no abarcaría, en principio, todos sus ámbitos de producción normativa, desde la legislación hasta la ejecución. Y ello porque, como veremos más adelante, la regla general es que, aunque la competencia sea exclusiva, este carácter no se extiende al ámbito de la ejecución, que seguiría en manos de los estados, de modo que en sentido amplio, incluso las competencias exclusivas tendrían cierta dimensión compartida. Con todo, el sistema no es lineal y hay excepciones donde la propia Comunidad estaría capacitada para legislar, desarrollar y ejecutar, como en la esfera del Derecho de la competencia.

En lo referido a las competencias compartidas, los estados y la Unión eran competentes teóricamente para actuar, pero la entrada en funcionamiento de la preclusión o *preemption*<sup>1166</sup> sólo facultaba la intervención estatal mientras no lo hicieran las instituciones comunitarias, con lo que, *de facto*, podían transformarse en exclusivas<sup>1167</sup>; esto sucederá “si la Comunidad hace uso de esa competencia y lo hace de forma exhaustiva, [por lo que] los Estados miembros no podrán volver a legislar sobre la materia”<sup>1168</sup>. Así, desde el momento en que se produce la intervención comunitaria, se podía hablar de un doble desplazamiento: el derivado del principio de preclusión por el propio ejercicio de la competencia compartida, y el sustentado en la primacía del Derecho Comunitario, en caso de conflicto con la norma estatal. Ahora bien, no podemos olvidar que este tipo competencial, a diferencia de las competencias exclusivas, había de ejercitarse conforme al principio de subsidiariedad, que limitaba la intervención de la Comunidad a aquellos casos en que su acción sea más eficaz que la estatal, necesaria (por no poder alcanzarse los objetivos de forma suficiente por los estados) y exceda los límites nacionales<sup>1169</sup>. De esta forma, el principio de preclusión y

<sup>1165</sup> MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José: *El sistema...*, p. 156.

<sup>1166</sup> Este principio no aparece en el texto de los Tratados y su desarrollo tuvo un marcado carácter jurisprudencial, destacando la sentencia del TJCE de 7 de febrero de 1973, *Comisión/Italia*, asunto 39/72, o la de 10 de octubre de 1973, *Variola/Amministrazione italiana delle Finanze*, asunto 34/73.

<sup>1167</sup> Esto lleva a que Charpentier califique este tipo de competencias como “*compétences virtuelles*”, CHARPENTIER, Jean: “La repartition...”, p. 68.

<sup>1168</sup> MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José: *El sistema...*, p. 159.

<sup>1169</sup> *Vid.* MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José: *El sistema...*, pp. 160-162. Este autor también alude a otra diferencia entre competencias exclusivas y compartidas: en las primeras, la intervención estatal

el consiguiente desplazamiento de la competencia estatal estaría matizado por la necesidad de que la intervención comunitaria se ajustara al principio de subsidiariedad (y también al de proporcionalidad), existiendo cierta similitud con la cláusula de necesidad del art. 72.2 de la Ley Fundamental de Bonn que modula el principio de preclusión recogido en el art. 72.1 de la misma norma fundamental<sup>1170</sup>.

Finalmente, bajo el manto de complementarias, estarían los ámbitos donde la acción comunitaria no desplazaba a la estatal, sino que simplemente la apoyaba sin poder llevar a cabo una armonización. Es decir, no opera el principio de preclusión y “las intervenciones comunitarias [...] son en todo momento subsidiarias de la actuación estatal”<sup>1171</sup>. Se trataría de una categoría novedosa y autónoma<sup>1172</sup> respecto a los dos anteriores grupos, que se empezó a utilizar fundamentalmente a partir del Acta Única, consolidándose con las posteriores reformas respecto de ámbitos como la educación, cultura, salud o industria. De todas formas, como muchos aspectos del sistema de competencias, esta categoría no estaba exenta de críticas por el riesgo de potencial extralimitación de la Comunidad en sus labores de apoyo<sup>1173</sup>.

Conviene recordar además, que “toda competencia comunitaria, con independencia de que sea exclusiva, compartida o complementaria, ha de ejercerse por la Comunidad conforme a los principios de proporcionalidad y de lealtad comunitaria”<sup>1174</sup>. El primero se encontraba en el tercer párrafo del art. 5 TCE e implicaba que las acciones comunitarias no podían exceder de lo necesario para alcanzar los objetivos del Tratado; por su parte, la lealtad comunitaria se recogía en el art. 10 TCE (relativo a las obligaciones de los estados) y en la formulación dada por la

---

necesita de una habilitación *ad hoc* de carácter expreso; en las segundas, bastaría con la inactividad comunitaria, *ibidem*, pp. 159-160.

<sup>1170</sup> Vid. SÁNCHEZ RUIZ, Ana Isabel: *Federalismo...*, pp. 81-84. Esta profesora resume el paralelismo entre el art. 72.2 de la Ley Fundamental de Bonn y el principio de subsidiariedad del Derecho Comunitario en cuatro aspectos: ambos se refieren a las competencias no exclusivas, no son cláusulas de atribución competencial sino de ejercicio de las mismas, ambas exigen la necesidad de la actuación federal o comunitaria y las dos condicionan o limitan el ejercicio por parte de la Federación o de la Comunidad de sus competencias compartidas. No obstante, como hemos visto, la operatividad de esta previsión en Alemania presentaba continuas dificultades que, en parte, motivaron la revisión constitucional de 2006.

<sup>1171</sup> MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José: *El sistema...*, p. 163.

<sup>1172</sup> Vid. STRAZZARI, Davide: “Le competenze complementari...”, pp. 221-230.

<sup>1173</sup> Vid. VERGÉS BAUSILI, Anna: “Rethinking the Methods of Dividing and Exercising Powers in the EU: Reforming Subsidiarity and National Parliaments”, *Jean Monnet Working Paper*, New York, nº 9, (2002), p. 5.

<sup>1174</sup> MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José: “La delimitación...”, p. 357.

sentencia *Hurd* (respecto a las obligaciones de las instituciones comunitarias)<sup>1175</sup>. A ellos habría que añadir, en relación con las competencias no exclusivas, el principio de subsidiariedad del párrafo segundo del art. 5 TCE, que proporcionaría criterios “para determinar en cada caso concreto a qué nivel [...] le corresponde intervenir”<sup>1176</sup> y sobre el que tendremos ocasión de detenernos más adelante.

### 3. El tipo de potestad: legislativas, desarrollo legislativo y ejecutivas

Como expone el profesor Hinojosa “la clasificación que distingue entre competencias exclusivas, compartidas y complementarias sólo se establece para el poder legislativo”<sup>1177</sup>, puesto que “la ejecución del derecho comunitario se organiza de manera distinta, ya que salvo en supuestos excepcionales en que ésta se asigna a instituciones comunitarias (normalmente a la Comisión), la misma corresponde por regla general y con carácter subsidiario a los Estados miembros”<sup>1178</sup>. O dicho de otra manera, con independencia de la intensidad que tuviera la competencia de la Unión sobre un determinado ámbito (que podría ser exclusiva, compartida o complementaria/apoyo), los estados miembros seguirían manteniendo las potestades de ejecución (salvo contadas excepciones) en ese ámbito<sup>1179</sup>.

Por tanto, puede decirse que en el modelo de reparto de competencias en el seno de la Unión existía una “ejecución descentralizada del derecho comunitario”<sup>1180</sup> que implicaba que los estados ejecutarían las normas europeas a través de las instituciones y procedimientos establecidos en su Derecho nacional<sup>1181</sup>, si bien dicha ejecución debería garantizar la aplicación plena y uniforme de las normas comunitarias respetando los

<sup>1175</sup> Vid. sentencia de 15 de enero de 1986, *Hurd/Jones*, asunto 44/84.

<sup>1176</sup> MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José: “La delimitación...”, p. 358. Este autor consideraba que en este caso existirían tres criterios para justificar la intervención comunitaria: que la Comunidad pueda actuar mejor que los estados por separado, que su acción sea necesaria por ser insuficiente la de los estados miembros, y que la dimensión de la acción exija una actuación comunitaria, *vid. ibidem*.

<sup>1177</sup> HINOJOSA MARTÍNEZ, Luis Miguel: *El reparto de...*, p. 104.

<sup>1178</sup> *Ibidem*.

<sup>1179</sup> En esta línea, la *Declaración n° 43* anexa al Tratado de Ámsterdam expone que “[...] los Estados miembros serán responsables de la aplicación administrativa del Derecho comunitario, con arreglo a sus disposiciones constitucionales”.

<sup>1180</sup> HINOJOSA MARTÍNEZ, Luis Miguel: *El reparto de...*, p. 106.

<sup>1181</sup> Vid. sentencia del TJCE de 11 de diciembre de 1973, *Nordsee/Federal Republic of Germany*, asunto 122/73.

principios generales del Derecho Comunitario<sup>1182</sup> e impidiendo los obstáculos a la eficacia de las normas comunitarias.

Además, como recuerda Hinojosa, el Tribunal de Luxemburgo establecía dos límites específicos al principio de autonomía institucional y procedimental<sup>1183</sup>. De un lado, la normativa de ejecución dictada por los estados miembros no podría ser menos favorable para las acciones fundamentadas en el Derecho Comunitario que para las reclamaciones basadas en el Derecho interno<sup>1184</sup>. Del otro, dichas normas nacionales no podrían hacer excesivamente difícil o prácticamente imposible el ejercicio de los derechos garantizados por el ordenamiento jurídico comunitario<sup>1185</sup>. En este sentido, la ejecución de las normas comunitarias preveía el establecimiento de sanciones en caso de incumplimiento, debiendo los estados miembros castigar dichos incumplimientos en condiciones análogas a como se sancionarían la vulneración de normas estatales de una índole e importancia similares<sup>1186</sup>.

No obstante, dentro del principio general de ejecución por los estados, resultaba evidente que existían más posibilidades para su intervención cuanto más margen de apreciación permitiera la norma comunitaria a ejecutar. Y ello porque la ejecución estatal podía ser sólo a través de actos meramente administrativos, pero también podía incluir acciones de desarrollo normativo por parte de los estados. Así, sin poder establecer una vinculación exacta, pues la casuística es rica en matices, los reglamentos bascularían la acción ejecutiva estatal hacia el ámbito administrativo, siendo utilizados habitualmente para los ámbitos donde la Unión tenía competencia exclusiva, mientras que las directivas permitirían además que los estados dictaran las medidas de desarrollo normativo derivadas de esa competencia legislativa comunitaria<sup>1187</sup>.

<sup>1182</sup> Vid. sentencia del TJCE de 20 de junio de 2002, *Mulligan and others/Minister of Agriculture and Food, Ireland and Attorney General*, asunto C-313/99.

<sup>1183</sup> Vid. HINOJOSA MARTÍNEZ, Luis Miguel: *El reparto de...*, p. 108.

<sup>1184</sup> Vid. sentencia del TJCE de 10 de julio de 1997, *Rosalba Palmisani/INPS*, asunto C-261/95.

<sup>1185</sup> Vid. sentencia del TJCE de 19 de noviembre de 1991, *Francovich and Bonifaci/Italy*, asuntos C-6/90 y C-9/90.

<sup>1186</sup> Vid. sentencia del TJCE de 21 de septiembre de 1989, *Commision/Grece*, asunto 68/88.

<sup>1187</sup> A estos efectos, conviene tener presente la definición dada por el art. 249 TCE: “El reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro. La directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios”. No obstante, como expone el profesor Hinojosa “incluso en los ámbitos de competencia exclusiva (normativa), no es descartable la intervención legislativa estatal, aunque sólo en la medida en que ésta resulte estrictamente necesaria para la ejecución del derecho comunitario”, HINOJOSA MARTÍNEZ, Luis



Por lo tanto, la regla general se sustentaba en que los estados miembros ejecutaban la normativa comunitaria en las condiciones y con los criterios que acabamos de ver. Ahora bien, como toda regla, tenía su excepción, de modo que en determinados casos dicha ejecución correspondía a las propias instituciones europeas (usualmente la Comisión por delegación del Consejo en virtud de lo dispuesto en el art. 202 TCE) cuando así lo estableciera expresamente una norma comunitaria que determinaría el contenido y alcance de estas competencias ejecutivas.

En este sentido, los casos de ejecución directa por parte de las instituciones comunitarias<sup>1188</sup> se limitaban al ámbito del EURATOM, al extinto Tratado de la CECA del que la Comisión hereda las principales competencias normativas, ejecutivas y financieras que éste preveía, a la aplicación del Derecho de la competencia<sup>1189</sup>, a determinados mecanismos de financiación con cargo a fondos comunitarios, estableciendo instrumentos de fiscalización sobre el uso de los mismos (por ejemplo, en el ámbito de los fondos estructurales) y, más recientemente, al euro, con todas sus singularidades derivadas de que la práctica totalidad de este ámbito correspondería al Banco Central Europeo.

Finalmente, es oportuno reseñar que la reciente tendencia a la creación de agencias y organismos comunitarios descentralizados “que combinan métodos de coordinación y control de la actividad ejecutiva estatal y funciones de administración directa comunitaria [...] haya contribuido a difuminar la delimitación de competencias ejecutivas entre la Unión y sus Estados miembros”<sup>1190</sup>.

En definitiva, de todo lo anterior podía concluirse que en la mayor parte de los casos, las competencias ejecutivas correspondían a los estados miembros, lo que de *facto* suponía que “la práctica totalidad de las competencias comunitarias sean materialmente compartidas con los Estados miembros”<sup>1191</sup>, implicando por consiguiente

---

Miguel: *El reparto de...*, p. 112. En todo caso, el Tribunal de Luxemburgo ha establecido criterios rigurosos para que la acción normativa estatal dictada en ejecución de reglamentos comunitarios mantenga una aplicación uniforme en toda la Unión Europea, *vid.* sentencia del TJCE de 18 de junio de 1970, *Hauptzollamt Bremen/Krohn & Co.*, asunto 74/69 o sentencia del TJCE de 31 de enero de 1978, *Fratelli Zerbone/Amministrazione delle Finanze dello Stato*, asunto 94/77.

<sup>1188</sup> *Vid.* HINOJOSA MARTÍNEZ, Luis Miguel: *El reparto de...*, pp. 112-115.

<sup>1189</sup> *Vid.* arts. 81 y 82 TCE, así como el Reglamento (CE) n° 1/2003, de 16 de diciembre de 2002.

<sup>1190</sup> HINOJOSA MARTÍNEZ, Luis Miguel: *El reparto de...*, p. 118.

<sup>1191</sup> *Ibidem*, p. 32.

“un orden institucional cooperativo en el que se entremezclaban la administración comunitaria y las administraciones nacionales”<sup>1192</sup>.

#### B. La *vis* expansiva de los poderes de la Unión

Hemos visto el cuadro general del sistema de competencias que operaba en la Unión Europea. Un modelo que tenía déficits, como la falta de transparencia: no existía en los Tratados una categorización de las competencias en función de su naturaleza, siendo su elaboración fundamentalmente jurisprudencial, y las materias donde la Unión era competente se hallaban diseminadas en los Tratados, y de forma imprecisa en no pocos casos<sup>1193</sup>. Además, el ciudadano europeo se encontraba con que la subsidiariedad aparecía todavía como un principio demasiado débil en la estructura comunitaria, por lo que debía ser mejorado, sobre todo, en su aplicación<sup>1194</sup>.

En todo caso, y a los efectos que ahora nos interesan, una de las características básicas del sistema competencial que acabamos de ver era su flexibilidad, que permitía a la Unión adaptarse a nuevas necesidades de forma relativamente eficaz. Y ello porque “habida cuenta de la complejidad de los objetivos asignados a las Comunidades Europeas desde su creación, pronto se puso de manifiesto que las competencias expresas que les atribuían los tratados no resultaban suficientes para el eficaz desarrollo de sus funciones”<sup>1195</sup>. Ante esta situación, el TJCE optó por desarrollar una labor muy activa y prolongada en el tiempo, de forma que “interpretó los tratados con criterios teleológicos, atendiendo siempre a los fines previstos en los mismos, y buscando el efecto útil de sus disposiciones”<sup>1196</sup>, lo que en la práctica supuso facilitar la expansión competencial de la Unión Europea a través de instrumentos como los poderes

<sup>1192</sup> *Ibidem*.

<sup>1193</sup> Von Bogdandy y Bast sostienen por el contrario que “aunque ciertamente al vigente [en ese momento] orden competencial le falte transparencia, sin embargo no le falta precisión en la delimitación de las competencias entre los diferentes niveles”, VON BOGDANDY, Armin - BAST, Jürgen: “El orden competencial...”, p. 49.

<sup>1194</sup> Como veremos en este Capítulo, todo ello llevaría a que la *Declaración n° 23* anexa al Tratado de Niza incluyera en la agenda de la Conferencia Intergubernamental “la forma de establecer y supervisar una delimitación más precisa de las competencias entre la Unión Europea y los Estados miembros, que respete el principio de subsidiariedad”, a partir del impulso dado, entre otros, por los *Länder* alemanes que “subordinaron con toda rotundidad la propia ratificación del Tratado de Niza que saliera de la CIG 2000 a que, entre otros aspectos, se clarificara definitivamente la delimitación competencial vertical y se reforzara la función del principio de subsidiariedad”, MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José: “La delimitación...”, p. 345.

<sup>1195</sup> HINOJOSA MARTÍNEZ, Luis Miguel: *El reparto de...*, p. 35.

<sup>1196</sup> *Ibidem*.

implícitos, la cláusula de flexibilidad o las disposiciones contenidas en los arts. 94 y 95 TCE; mecanismos que pasamos a examinar a continuación y cuya utilización ha generado no pocas polémicas, llevando a parte de la doctrina a considerar que el TJCE estaba dotado, por la vía de los hechos, de una competencia de creación normativa propia<sup>1197</sup>.

## 1. Los poderes implícitos

Por medio de esta concepción, presente tanto en los estados federales<sup>1198</sup>, como también en las propias organizaciones internacionales<sup>1199</sup>, las Comunidades tendrían competencia no sólo en aquellos sectores que le fueran expresamente atribuidos en base al principio del párrafo primero del art. 5 TCE, sino que la propia competencia en un determinado ámbito implicaba también “la existencia implícita de cualquier otro poder que resulte razonablemente necesario para el ejercicio de aquél, y sin que el primero no tendría sentido o su aplicación no resultaría útil o necesaria”<sup>1200</sup>.

Así pues, por medio de esta doctrina, el Tribunal de Justicia concebía el sistema competencial comunitario (y en concreto, el principio de atribución) de una forma dinámica y evolutiva<sup>1201</sup>. Incluso, a través de la conocida como “doctrina AETR” estableció que cuando la Comunidad tuviera una competencia en el ámbito interno (en el marco de lo dispuesto por los Tratados), poseería también una competencia en el

---

<sup>1197</sup> Vid. VON BOGDANDY, Armin - BAST, Jürgen: “El orden competencial...”, p. 20. Hinojosa matiza que “tras un primer período de afirmación y consolidación de las competencias comunitarias, el TJCE ha demostrado en varias decisiones, sobre todo en la década de los noventa, que su labor [...] también comprende la defensa de las competencias nacionales frente a la invasión de las instituciones comunitarias, si éstas últimas no cuentan con una base jurídica suficiente para fundamentar su actuación”, HINOJOSA MARTÍNEZ, Luis Miguel: *El reparto de...*, p. 36; no obstante, aunque es verdad que hay sentencias del Tribunal de Justicia que frenan la expansividad comunitaria, no puede decirse que exista una clara línea jurisprudencial en este sentido.

<sup>1198</sup> Vid. cláusula 18, sección 8, artículo I de la Constitución de los Estados Unidos o la célebre sentencia del juez Marshall, *McCulloch/Maryland*, de 1819.

<sup>1199</sup> Vid. dictamen del Tribunal Internacional de Justicia *sobre la reparación de daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas*, de 11 de abril de 1949.

<sup>1200</sup> MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José: *El sistema...*, p. 126.

<sup>1201</sup> Vid. sentencia de 14 de julio de 1976, *Cornelys Kramer e. a.*, asuntos 3-4 y 6/76, o el dictamen 2/94 de 28 de marzo de 1996, donde a pesar de rechazarse a la incorporación de la CE al CEDH por carecer de base jurídica para ello, se confirmaba por el mismo tribunal la existencia de la doctrina de los poderes implícitos: “[las competencias de la Comunidad] no deben necesariamente resultar expresamente de disposiciones específicas del Tratado, sino que pueden también deducirse implícitamente de dichas disposiciones”. Incluso antes de la propia existencia de la CEE y de la CEEA, el Tribunal de Justicia, refiriéndose a la CECA, reconoció esta posibilidad en la sentencia de 29 de noviembre de 1956, *Fédération charbonnière de Belgique/Haute Autorité*, asunto 8/55.

plano externo sobre esa materia que le permitiría realizar acuerdos internacionales<sup>1202</sup>. Esta interpretación de los poderes implícitos estaría estrechamente relacionada con la consecución del efecto útil de las normas de la Comunidad, por la que el TJCE utilizaba como parámetro interpretativo un contexto finalista para que la norma tuviera “la eficacia que más acorde resulte para la consecución de los objetivos de la Comunidad”<sup>1203</sup>.

Queremos precisar que esta doctrina de los poderes implícitos es diferente de la cláusula de flexibilidad del art. 308 TCE. En el primer caso era necesario un nexo con una base jurídica existente en el Tratado; en el segundo se trata *de facto* de establecer una base jurídica novedosa, conforme a unos determinados procedimientos y requisitos, en algunos casos, difíciles de apreciar. Por ello, los poderes implícitos se aceptaban sin demasiadas discusiones (además de ser una práctica tradicional en la jurisprudencia de muchos estados) mientras que el art. 308 era objeto de una continua y prolongada polémica. Con todo, como la carga cualitativa y cuantitativa que conlleva su ejercicio es muy amplia, los poderes implícitos deben ser utilizados con prudencia y de forma razonable<sup>1204</sup>.

## 2. La cláusula de flexibilidad

Los Tratados comunitarios, ya en su redacción originaria, decidieron prever un mecanismo que diera flexibilidad al sistema competencial, y que permitiera cumplir los objetivos previstos en los arts. 2 y 3, aún cuando los propios Tratados no dispusieran una competencia expresa en favor de la Comunidad. Ese sería el sentido del art. 308 TCE, más si cabe teniendo en cuenta que cuando fue redactado todavía no se sabía cómo iban a desarrollarse (o si lo iban a hacer) las competencias implícitas, y las

<sup>1202</sup> Vid. sentencia de 31 de marzo de 1971, *Comisión/Consejo*, asunto 22/70 (sentencia AETR). Incluso llegaba a hablar de competencias exclusivas implícitas en aquellos supuestos en que *una actuación internacional paralela de un Estado* pudiera afectar a las normas comunitarias ya existentes; este último punto fue posteriormente matizado por el TJCE en su *dictamen* 1/94 de 15 de noviembre de 1994.

<sup>1203</sup> MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José: *El sistema...*, pp. 131-132. Nanclares pone como ejemplo la misma sentencia AETR o la anterior (de 15 de julio de 1960) *Italia/Alta Autoridad*, asunto 20/59. Este autor niega que las Comunidades posean *resulting powers* o *Kompetenz kraft Natur der Sache*, (competencias resultantes o por fuerza de su propia naturaleza) tal como son concebidos por la doctrina norteamericana y alemana, *ibidem*, pp. 132-134.

<sup>1204</sup> Vid. *ibidem*, p. 31.

propias competencias de las Comunidades eran significativamente menores en relación con las que éstas poseían en el marco normativo previo al Tratado de Lisboa<sup>1205</sup>.

Esta “cláusula de imprevisión”<sup>1206</sup> necesitaría, según Martín y Pérez de Nanclares, cuatro requisitos para poder ejercitarse: el recurso al art. 308 había de ser subsidiario, con lo que su utilización sólo estaría justificada en el caso de que la acción pretendida no tenga cobertura en ninguna base jurídica<sup>1207</sup>; tendría que perseguir uno de los objetivos de la Comunidad; habría de efectuarse en el marco o en el funcionamiento del mercado común<sup>1208</sup>; y que dicha acción comunitaria fuera necesaria<sup>1209</sup>.

Ahora bien, la dificultad radicaba en cómo controlar estos criterios en la práctica. El Tribunal de Justicia en ocasiones había dictado sentencias parcialmente contradictorias, y la propia doctrina se encontraba dividida acerca de si era pertinente o no judicializar su control<sup>1210</sup>: la realidad demostraba que, en muchas ocasiones, la decisión sobre el art. 308 tenía un marcado carácter político<sup>1211</sup>, lo que también se plantearía, por ejemplo, con el principio de subsidiariedad.

De hecho, la polémica siempre persiguió a este precepto, como demostró el *dictamen* 2/94, de 28 de marzo de 1996, por el que el Tribunal de Justicia hizo una

<sup>1205</sup> El art. 308 dice que “cuando una acción de la Comunidad resulte necesaria para lograr, en el funcionamiento del mercado común, uno de los objetivos de la Comunidad, sin que el presente Tratado haya previsto los poderes de acción necesarios al respecto, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, adoptará las disposiciones pertinentes”.

<sup>1206</sup> Denominada así por MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José: *El sistema...*, p. 214, o MANGAS MARTÍN, Araceli - LIÑÁN NOGUERAS, Diego J.: *Instituciones...*, 2010, p. 78.

<sup>1207</sup> *Vid.* sentencia del TJCE, de 26 de marzo de 1987, *Comisión/Consejo*, asunto 45/86. Con todo, previamente el mismo Tribunal se había manifestado más flexible, permitiendo su utilización aún en el caso de que hubiera competencia atribuida en el Tratado a las Comunidades, pero ésta no fuera suficientemente eficaz, o tuviera una interpretación extensiva o susceptible de controversia, *vid.* sentencia de 12 de julio de 1973, *Hauptzollamt Bremenhaven/Massey-Ferguson*, asunto 8/73.

<sup>1208</sup> La versión lingüística germánica utiliza *en el marco*, la de lenguas latinas *en el funcionamiento*. El problema es que ni en la propia doctrina hay unidad en lo que se entiende como *mercado común*, *vid.* MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José: *El sistema...*, pp. 219-220.

<sup>1209</sup> *Vid. ibidem*, pp. 215-220. Otros autores, como Louis, consideran sólo tres requisitos y no conceden entidad autónoma a su ejercicio *en el funcionamiento del mercado común*, *vid.* LOUIS, Jean-Victor: *El ordenamiento jurídico comunitario*, Luxemburgo, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 1991, pp. 62-63.

<sup>1210</sup> Como dice Martín y Pérez de Nanclares, “algunos autores rechazan frontalmente todo control judicial, otros lo propugnan tan sólo referido a una posible desviación de poderes, y algunos defienden, por último, que dicho control sea amplio y sin limitaciones”, MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José: *El sistema...*, p. 221.

<sup>1211</sup> Louis admitía el control por el TJCE, pero acto seguido consideraba que “se basa más bien en criterios políticos, económicos y técnicos que en criterios jurídicos”, LOUIS, Jean-Victor: *El ordenamiento...*, p. 62.

interpretación extensiva de este artículo, permitiendo suplir la ausencia de poderes expresos o incluso implícitos, cuando fueran necesarios para lograr los objetivos del Tratado. En realidad, siendo justos, esta disposición fue fundamental en el pasado para permitir una mayor integración, como la puesta en marcha del Fondo Europeo de Desarrollo Regional o de la política medioambiental<sup>1212</sup>, pero también es cierto que esto acontecía cuando las bases jurídicas de actuación comunitaria eran cualitativa y cuantitativamente menores, lo que había cambiado con las sucesivas reformas de los Tratados.

Con todo, y a pesar de que su uso ha disminuido considerablemente desde mediados de los años ochenta del siglo pasado con las nuevas bases jurídicas proporcionadas por el Acta Única Europea, el Parlamento Europeo en su *Resolución sobre la delimitación de competencias entre la Unión Europea y los Estados miembros*, de 16 de mayo de 2002, cuantificó su utilización en 700 ocasiones<sup>1213</sup>. Además, la profesora Mangas Martín apuntaba que, en realidad, el Consejo había utilizado en ocasiones el art. 308 como base para evitar la mayoría cualificada, pues este precepto exigía la unanimidad, lo que no casaba con el carácter subsidiario que había de tener su aplicación<sup>1214</sup>.

En definitiva, la presencia de una disposición con la naturaleza del art. 308 continuaba siendo necesaria, a nuestro juicio, para permitir la agilidad del modelo y su adaptación a nuevas necesidades, si bien en la práctica desvirtuaba el principio de atribución de competencias favoreciendo a la Unión<sup>1215</sup>. Por ello, su uso debía estar especialmente controlado, pues la capacidad de actuación de la Unión era de por sí elevada a través de otras vías (poderes implícitos o competencias horizontales) y, además, hay que tener presente que, con cláusula de imprevisión o sin ella, todos los

<sup>1212</sup> Vid. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José: *El sistema...*, pp. 215-216, nota 254, en la que recoge la amplia gama de supuestos emanados del art. 308.

<sup>1213</sup> Esta cantidad también es la considerada por la profesora Vergés, vid. VERGÉS BAUSILI, Anna: “Rethinking...”, p. 5.

<sup>1214</sup> Desde los propios estados se harían también eco de esta problemática, como demuestra la sentencia del Tribunal Supremo de Dinamarca, de 6 de abril de 1998 por la que “los tribunales daneses deberían tener por inaplicable un acto comunitario en el caso en que se produjera la situación extraordinaria en la que se pudiera constatar con toda la certeza requerida que un acto comunitario, aún cuya validez haya sido confirmada por el TJCE, reposa sobre una aplicación del Tratado exorbitante respecto del campo competencial transferido por la ley de adhesión”, MANGAS MARTÍN, Araceli: “La Unión Europea...”, p. 86.

<sup>1215</sup> Vid. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José: *El sistema...*, p. 232.

sistemas de distribución de competencias tienen algún grado de flexibilidad. En este sentido, resultaría imprescindible otorgar un mayor papel al Parlamento Europeo.

En conclusión, este sistema flexible y abierto, muchas veces criticado desde la dimensión estatal, pero consentido por los mismos estados (una decisión sobre el art. 308 requería unanimidad del Consejo, es decir, de todos los miembros de la Unión) confirma una de las máximas de la integración europea: allí donde hay suficiente voluntad política, habrá una base legal<sup>1216</sup>.

### 3. Las competencias horizontales

Llegamos ahora a un punto sumamente problemático que había cobrado importante protagonismo en los últimos años; de hecho, las complejas discusiones doctrinales sobre el art. 308 han dejado paso al debate sobre estas competencias transversales.

No existía una delimitación acerca de cuáles eran estas competencias horizontales, ni mucho menos su contenido o sus límites. Los profesores Von Bogdandy y Bast incluían en esta categoría a las “competencias finalistas de carácter transversal”<sup>1217</sup>. A nuestro juicio, estas competencias generales u horizontales se nuclearían en torno a los arts. 94 y 95 TCE referidos a la aproximación de legislaciones.

Conforme al art. 94, que servía de base para los demás, “el Consejo adoptará por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social, directivas para la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que incidan directamente en el establecimiento o funcionamiento del mercado común”. Ahora bien, el problema estaba, como casi todo en el sistema competencial comunitario, en la interpretación: la aproximación podía ser entendida como armonización (el art. 94 utilizaba el término aproximación, mientras que el art. 95 empleaba tanto aproximación como armonización), el objetivo del mercado común se podía ensanchar ampliamente, y la posibilidad de que, a través de directivas, se pudiera determinar la normativa

---

<sup>1216</sup> *Vid.* VERGÉS BAUSILI, Anna: “Rethinking...”, p. 5.

<sup>1217</sup> VON BOGDANDY, Armin - BAST, Jürgen: “El orden competencial...”, p. 33. Estos autores integrarían en esta categoría fundamentalmente al abanico formado por los arts. 87, 94 y siguientes, y también al 308 TCE, *vid. ibidem*.

legislativa, reglamentaria o ejecutiva de los estados, resultaba ciertamente evidente<sup>1218</sup>. Dashwood, se había hecho eco de esta problemática, incidiendo en tres aspectos: en primer lugar, apuntaba que los términos aproximación y armonización en la práctica eran intercambiables, lo que además de no ser correcto técnicamente, dificultaba la labor del legislador comunitario y del Tribunal de Justicia; en segundo lugar, el art. 95 TCE debería utilizarse para lo que estaba diseñado (establecimiento y funcionamiento del mercado interior) y no para crear nuevas bases competenciales; y, en tercer lugar, había que tener en cuenta que el debate sobre el impacto en el mercado interior (directo o indirecto) sería una cuestión de grado, por tanto subjetiva e interpretable. Por consiguiente, Dashwood se mostraba partidario de la utilización de este artículo para asegurar un mercado abierto y competitivo, pero ejerciéndose sobre el mismo una estrecha vigilancia<sup>1219</sup>.

En este sentido, habría que recurrir de nuevo al Tribunal de Justicia de Luxemburgo. En su célebre sentencia del año 2000 sobre la Directiva 98/43 relativa a publicidad y patrocinio del tabaco<sup>1220</sup>, el Tribunal anuló la citada normativa al descartar que el art. 95 otorgara a las Comunidades una competencia general para regular el mercado interior<sup>1221</sup>, lo que significaría que bajo este artículo sólo cabrían actos que tuvieran “efectivamente por objeto la mejora de las condiciones de establecimiento y funcionamiento del mercado interior”<sup>1222</sup>.

Así pues, el Tribunal de Luxemburgo, tantas veces acusado de interpretar extensivamente las competencias de la Comunidad, proporcionaba en este caso unos

<sup>1218</sup> La disyuntiva para la mayor parte de la doctrina era la siguiente: se asumía que eran necesarias, pero se criticaban las escasas posibilidades de control que se podían ejercer sobre ellas, llegando a ser una especie de cheques en blanco, *vid.* ALBERTÍ ROVIRA, Enoch - BAYONA i ROCAMORA, Antoni: “La delimitació de les competències entre la Unió y els Estats”, *Convenció catalana per al debat sobre el futur de la Unió Europea*, diciembre, 2002, p. 4.

<sup>1219</sup> *Vid.* DASHWOOD, Alan: “The Limits of European Community Powers”, *European Law Review*, vol. 21, (1996), pp. 120-122.

<sup>1220</sup> Sentencia de 5 de octubre de 2000, *Alemania/Parlamento Europeo y Consejo*, asunto C-376/98; también se conoce comúnmente como *Tobacco Advertising I* para distinguirla de la posterior *Tobacco Advertising II*, de 12 de diciembre de 2006, asunto C-380/03, en la que se acepta la nueva directiva sobre la publicidad del tabaco al estar ésta redactada conforme al planteamiento dado por el Tribunal de Justicia en el año 2000. Sobre la sentencia *Tobacco Advertising I* y su significado en el sistema competencial comunitario, *vid.* DE AREILZA, José María: “Variaciones sobre la limitación de competencias: la anulación de la directiva de publicidad del tabaco”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 8, (2000), pp. 643-662.

<sup>1221</sup> *Vid.* DíEZ-HOCHLEITNER, Javier: “El futuro...”, pp. 86-87. Las bases jurídicas de la directiva eran el art. 95, 47.2 y 55 TCE.

<sup>1222</sup> Sentencia de 5 de octubre de 2000, *Alemania/Parlamento Europeo y Consejo*, asunto C-376/98.



límites más claros a la aplicación del art. 95 TCE. De esta forma, dicha competencia “comprende únicamente los casos en los que la regla comunitaria contribuye a eliminar las distorsiones apreciables de la competencia o los obstáculos al ejercicio de las libertades fundamentales, causados por las diferencias existentes entre las diversas regulaciones nacionales”<sup>1223</sup>.

Al hilo de esta posición del Tribunal de Justicia, autores como Usher extraían tres límites sustanciales sobre la utilización del art. 95: necesidad de que las distorsiones de competencia en las legislaciones nacionales sean apreciables; que las medidas adoptadas bajo el art. 95 contribuyan a la eliminación de obstáculos al libre movimiento dentro del mercado común; y que dicho art. 95 no sea utilizado para evitar los límites de otras disposiciones del Tratado<sup>1224</sup>. El salto cualitativo era importante, porque el Tribunal cambiaba una jurisprudencia de más de treinta años que consideraba que la acción nacional “no habría de tener un efecto apreciable en el comercio para ser considerada una barrera ilícita al comercio”<sup>1225</sup> para pasar a decir que ese efecto sí había de ser apreciable, lo que en la práctica disminuía el margen de intervención comunitario.

Ahora bien, una cosa era la anulación de una directiva por considerar que en un caso concreto se excedía el margen del art. 95, y otra poder decir que existía un criterio general definido respecto de estas competencias. Por ello, Díez-Hochleitner seguía hablando del “nebuloso mundo de la interpretación contextual y teleológica, admitiendo que no cabe una respuesta taxativa y estática”<sup>1226</sup> y Pereira Menaut recuerda que la sentencia “en ningún momento llegó a marcar límites formales claros y concretos a la

---

<sup>1223</sup> VON BOGDANDY, Armin - BAST, Jürgen: “El orden competencial...”, p. 39. Estos autores exponen que “las libertades fundamentales constituyen, con sus prohibiciones de discriminación y de limitación, una primera coordinación de las esferas jurídicas nacionales en el sentido de la realización del mercado interior sin necesidad de una armonización a través del derecho de la Unión. Sin embargo, en la medida en que se demuestre que las libertades fundamentales por sí solas no bastan para realizar el mercado interior en ese marco jurídico fragmentario, es posible armonizar las disposiciones de los Estados miembros mediante reglas europeas”, *ibidem*. Por consiguiente, Von Bogdandy y Bast utilizan las libertades fundamentales como criterio para delimitar competencias, pero admiten en última instancia la capacidad armonizadora de la Comunidad.

<sup>1224</sup> *Vid.* USHER, John A.: “Case C-376/98, *Germany v. European Parliament and Council (tobacco advertising)*. Judgement of the Full Court of 5 October 2000, [2000] ECR I-8419”, *Common Market Law Review*, nº 38, (2001), p. 1536.

<sup>1225</sup> *Ibidem*.

<sup>1226</sup> Díez-HOCHLEITNER, Javier: “El futuro...”, p. 86. Así, apostaba por explicitar que no existe un poder de armonización general, *vid. ibidem*, p. 97.

competencia legislativa europea”<sup>1227</sup>. Por su parte, Young advertía que el verdadero problema lo tendría el Tribunal de Justicia para verificar si la acción de la Comunidad contribuía a eliminar obstáculos sustanciales a la competencia, argumentando que esta decisión suponía crear más un vacío legal que preservar la autoridad de los estados en la legislación de nivel nacional<sup>1228</sup>.

De esta forma, las competencias horizontales continuaban en última instancia en manos de la interpretación del Tribunal de Justicia (como, por otra parte, sucede con la interpretación del marco competencial en general) y las posibilidades de actuación de la Unión, aun con la sentencia del *tabaco*, seguirían siendo muy amplias<sup>1229</sup>.

### C. El insuficiente contrapeso: el principio de subsidiariedad

La Unión Europea ha utilizado la noción de subsidiariedad, sobre todo en las últimas décadas, con el fin de frenar el carácter expansivo de los poderes de la propia Unión que acabamos de examinar, apareciendo como garantía para los estados y más recientemente para el nivel regional y local. Por tanto, es necesario explicar, aunque sea sintéticamente, el origen y el significado del principio de subsidiariedad, puesto que su aplicación y la adopción de mecanismos para mejorar la misma en el ámbito de la Unión Europea van a constituir puntos principales de este Capítulo Cuarto.

Sin entrar en la evolución histórica del término, que no es objeto del presente trabajo, el origen del concepto de subsidiariedad podría situarse en la Iglesia

<sup>1227</sup> PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos (coordinador): *Código...*, p. 911. Este profesor apunta que “*el paso del tiempo muestra que así como las sentencias alemanas Solange y Maastricht no detuvieron el proceso de integración, tampoco Tobacco Advertising detuvo la expansión de las competencias*”, *ibidem*.

<sup>1228</sup> Vid. YOUNG, Ernest A.: “Protecting Member State Autonomy in the European Union: Some Cautionary Tales from American Federation”, *New York University Law Review*, vol. 77, nº 6, (2002), p. 1676. De esta forma, para Young “el resultado sería más una transferencia de poder desde el nivel comunitario al del libre mercado, más que a los Estados miembros”, *ibidem*.

<sup>1229</sup> De hecho, el propio Abogado General Fenelly consideraba al art. 95 TCE como una competencia exclusiva de la Comunidad (*vid.* conclusiones de 15 de junio de 2000 al referido asunto 376/98). El mismo Usher exponía que, si bien en el caso concreto tratado quedaron los límites claros, la dificultad radicaría en cuál sería a partir de entonces la legislación que la Comunidad adoptaría en el contexto del mercado interior, *vid.* USHER, John A.: “Case C-376/98...”, p. 1519. Sobre ello volveremos cuando examinemos las competencias horizontales a la luz del Tratado de Lisboa.

Católica<sup>1230</sup>. Así, su formulación explícita puede situarse en la Encíclica de 1931 *Quadragesimo Anno* por la que el Papa Pío XI expresaba:

“[...] tampoco es justo, constituyendo un grave perjuicio y perturbación del recto orden, quitar a las comunidades menores e inferiores lo que ellas pueden hacer y proporcionar y dárselo a una sociedad mayor y más elevada [...]. Conviene, por tanto, que la suprema autoridad del Estado permita resolver a las asociaciones inferiores aquellos asuntos y cuidados de menor importancia, en los cuales, por lo demás, perdería mucho tiempo, con lo cual lograría realizar, dirigiendo, vigilando, urgiendo y castigando, según el caso requiera y la necesidad exija. Por lo tanto, tengan muy presente los gobernantes que, mientras más vigorosamente reine, salvado este principio de función subsidiaria, el orden jerárquico entre las diversas asociaciones, tanto más firme será no sólo la autoridad, sino también la eficiencia social, y tanto más feliz y próspero el estado de la nación”<sup>1231</sup>.

De esta forma, el principio de subsidiariedad escalona el ejercicio del poder de abajo arriba bajo un doble fundamento: que no se traslade a la instancia superior tarea alguna que puede hacer satisfactoriamente la instancia inferior por sí misma; y la instancia superior sólo actuará en la medida en que la inferior no lo pueda hacer adecuadamente<sup>1232</sup>. Así entendida, la subsidiariedad “hace referencia, por una parte, a la idea de sustitución y supletoriedad y, por otra parte, hace referencia también a la idea de auxilio y ayuda”<sup>1233</sup>.

---

<sup>1230</sup> Vid. DASHWOOD, Alan: “The Limits...”, p. 115. Otros autores (Wilke, Wallace, Millon-Delsol) van más allá, estableciendo un vínculo entre la filosofía griega (en particular, la *Política* de Aristóteles), la obra de Santo Tomás de Aquino, la doctrina corporativista alemana del siglo XVII, y la doctrina social de la Iglesia Católica, vid. ESTRELLA DE NORIEGA, Antonio: *The EU Principle of Subsidiarity and its Critique*, Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 76-82 (vid. esta obra con carácter general, en especial el papel desempeñado por el TJCE en relación con la subsidiariedad, pp. 137-176).

<sup>1231</sup> Como expone Rojo Salgado, a través de esta Encíclica la subsidiariedad alcanzaría su forma contemporánea. En todo caso, la idea de subsidiariedad, aunque no el término, aparecía ya en la Encíclica social *Rerum Novarum* de León XIII (1891), volviendo a formularse en los textos *Mater et Magistra* (1961), *Pacem in Terris* (1963) y *Populorum Progressio* (1967), vid. ROJO SALGADO, Argimiro: *El modelo...*, p. 53. En este sentido, no se puede olvidar el influjo de Emmanuel Von Ketteler, obispo de Mainz, quien a mediados del siglo XIX había esbozado algunos de los planteamientos recogidos en las encíclicas posteriores, vid. VAN KERSBERGEN, Kees - VEERBEK, Bertjan: “The Politics of Subsidiarity in the European Union”, *Journal of Common Market Studies*, vol. 32, nº 2, (1994), p. 222. El profesor Rojo Salgado apunta que “en relación a la historia y a los antecedentes del principio de subsidiariedad no debiera olvidarse tampoco la obra y aportación de diversos pensadores liberales como Locke, Tocqueville o Stuart Mill, en cuyos escritos se pueden encontrar distintos planteamientos o conceptos muy próximos a la subsidiariedad”, ROJO SALGADO, Argimiro: *El modelo...*, p. 56.

<sup>1232</sup> Vid. *ibidem*, p. 45.

<sup>1233</sup> *Ibidem*.

El propio término tendría en sí mismo carácter poliédrico<sup>1234</sup>, y autores como Alli le otorgan una triple dimensión: como principio filosófico, estando relacionado con los derechos inalienables de la persona y no reducido a un mero equilibrio entre instituciones; como categoría política, reconociendo distintos niveles de organización dotados de autonomía, de competencias propias para la consecución del bien común de la comunidad y facilitando la participación ciudadana en la toma de decisiones; y como concepto jurídico, implicando límites al ejercicio competencial cuando inciden en las competencias concurrentes, siendo propio del federalismo o de modelos con ciertos niveles de autonomía local o regional<sup>1235</sup>.

De lo anterior podemos extraer que la idea de subsidiariedad puede variar en función de las entidades o instancias que la utilicen, así como de la finalidad con la que se haga. Así, la subsidiariedad podría aplicarse a todos los niveles (local, regional, estatal y comunitario) o estar solamente circunscrita a un único nivel; se podría proyectar más hacia arriba (unificación) o hacia abajo (federalización y descentralización), mientras que los criterios que la fundamentan (eficacia, necesidad, equilibrio, interés general, dignidad y naturaleza humana, etc.) también podrían diferir en función del sentido que en cada caso quiera dársele<sup>1236</sup>.

En lo que respecta a la Unión Europea, el principio de subsidiariedad se incorporó al párrafo segundo del art. 3B TCE en Maastricht<sup>1237</sup>. En este sentido, la Convención Europea lo concebía como “un principio filosófico transplantado desde la doctrina social de la Iglesia en 1949 al federalismo alemán y en 1992 al Derecho comunitario, en virtud del cual lo que la unidad menor se baste para hacer no debe ser hecho por la mayor a menos que ésta lo haga mejor”<sup>1238</sup>. Por su parte, el Tratado de Ámsterdam insertó este principio en el párrafo segundo del art. 5, al tiempo que creaba un Protocolo sobre la aplicación de este principio y el de proporcionalidad.

<sup>1234</sup> MANGAS MARTÍN, Araceli: “El Tratado de la Unión Europea: análisis de su estructura general”, *Gaceta Jurídica Europea de la C.E.*, D-17, 1992, pp. 40-48, citada de ALLI, Juan Cruz: “El concepto de subsidiariedad”, en *Subsidiariedad: historia y aplicación*, Pamplona, Universidad de Navarra, 2000, p. 19. En sentido similar, *vid.* ROJO SALGADO, Argimiro: *El modelo...*, p. 53, añadiéndole también los calificativos de “plurifuncional y polimórfico”.

<sup>1235</sup> *Vid.* ALLI, Juan Cruz: “El concepto de...”, pp. 17-23.

<sup>1236</sup> *Vid.* ROJO SALGADO, Argimiro: *El modelo...*, pp. 52-53.

<sup>1237</sup> Previamente el TCE únicamente se refería de forma expresa a la subsidiariedad respecto del medio ambiente (antiguo art. 130R posteriormente suprimido).

<sup>1238</sup> Mandato del grupo de trabajo sobre el principio de subsidiariedad (CONV 71/02), de 30 de mayo de 2002.

El objetivo manifiesto quedaba patente en el párrafo segundo del art. 1 TUEa: “las decisiones serán tomadas de la forma más abierta y próxima a los ciudadanos que sea posible”<sup>1239</sup>. De ahí que autores como Martín y Pérez de Nanclares vinculen la subsidiariedad a los conceptos de transparencia y democracia<sup>1240</sup>.

Respecto de su configuración concreta en el TCE, el art. 5, párrafo 2, disponía que “en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Comunidad intervendrá, conforme al principio de subsidiariedad, sólo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, y, por consiguiente, puedan lograrse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada, a nivel comunitario”. La subsidiariedad operaba, por tanto, como “principio de determinación del ejercicio de las competencias, que no de reparto mismo de la competencia, en los ámbitos de competencia no exclusiva”<sup>1241</sup>.

Además, conforme al art. 5 TCE, existía un doble parámetro configurador de este principio: el criterio de la necesidad (relativo a la suficiencia de la actuación de los estados) y el criterio de la eficacia (en qué ámbito la acción será mejor); a ellos habría que sumar un tercer requisito, la exigencia que la acción tuviera un carácter supranacional<sup>1242</sup>. Estos mismos criterios son los que volverían a estar presentes en el Protocolo elaborado en Ámsterdam sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, diseñado con el afán de concretar sus condiciones de aplicación y “proporcionar a las instituciones y, probablemente al TJCE, criterios más o menos objetivables para poder evaluar el grado de respeto a dicho principio por parte de la Comunidad”<sup>1243</sup>. Así el punto 5 disponía que “para que la actuación comunitaria esté justificada, deberán reunirse ambos aspectos del principio de subsidiariedad: que los objetivos de la acción propuesta no pueden ser alcanzados de manera suficiente

<sup>1239</sup> Expresión recogida literalmente en el art. 1 TUE emanado del Tratado de Lisboa.

<sup>1240</sup> Y también al principio federal, aunque su referencia expresa se eliminase del Tratado de Maastricht a instancias del Reino Unido, *vid.* MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José: *El sistema...*, pp. 113-115.

<sup>1241</sup> *Ibidem*, p. 160. En sentido similar, *vid.* HINOJOSA MARTÍNEZ, Luis Miguel: *El reparto de...*, p. 136.

<sup>1242</sup> Como apunta Martín y Pérez de Nanclares, la versión inicial del artículo prevista para Maastricht sólo hacía referencia al criterio de la eficacia; los *Länder* alemanes presionaron para que el criterio único fuera el de la necesidad; finalmente, el compromiso acordado en la ciudad holandesa recogió ambos criterios: necesidad y eficacia. Esta polémica ya se había dado en la propuesta de reforma de los Tratados llevado a cabo por el Parlamento Europeo de 1984 (proyecto Spinelli) que sólo hacía mención del criterio de la eficacia, como era lógico procediendo de dicha institución europea, *vid.* MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José: *El sistema...*, pp. 160-162.

<sup>1243</sup> HINOJOSA MARTÍNEZ, Luis Miguel: *El reparto de...*, pp. 208-209.

mediante la actuación de los Estados miembros en el marco de su sistema constitucional nacional y, por consiguiente, pueden lograrse mejor mediante una actuación de la Comunidad”<sup>1244</sup>.

Ahora bien, el gran problema de este principio es que, dentro de su dimensión poliédrica, cobra gran transcendencia su carácter “político”<sup>1245</sup> y, sin embargo, sus controles políticos no eran cualitativamente muy relevantes: la exigencia de motivación que se recogía en el art. 253 TCE y, de forma específica, los previstos en el punto 9 del Protocolo relativos al deber de la Comisión de motivar sus propuestas legislativas en relación con el principio de subsidiariedad, y al informe anual de la Comisión al Consejo Europeo, al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación del art. 5 TCE<sup>1246</sup>.

En este contexto, se planteaba la posibilidad de recurrir a la vía judicial para hacer un verdadero control efectivo, puesto que aunque la subsidiariedad tenía principalmente naturaleza política, también tenía cierta dimensión jurídica, sobre todo a raíz de su incorporación a los Tratados<sup>1247</sup>. Ahora bien, una cosa sería la posibilidad de control y otra que éste fuese efectivo, puesto que el Tribunal de Luxemburgo no se ha

<sup>1244</sup> Estos requisitos se verificarían a través del conocido como *test de la subsidiariedad*: “el asunto que se considera presenta aspectos transnacionales que no pueden ser regulados satisfactoriamente mediante la actuación de los Estados miembros; las actuaciones de los Estados miembros únicamente, o la ausencia de actuación comunitaria entrarían en conflicto con los requisitos del Tratado (tales como la necesidad de corregir distorsiones de la competencia, o evitar restricciones encubiertas del comercio o reforzar la cohesión económica y social), o perjudicarían considerablemente, por algún otro cauce, los intereses de los Estados miembros; la actuación comunitaria proporcionaría claros beneficios debido a su escala o a sus efectos en comparación con la actuación a nivel de los Estados miembros”, punto 5 del *Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad* adoptado en Ámsterdam.

<sup>1245</sup> Podemos referirnos a él como un principio *a-legal*, situado en un universo más sociológico, filosófico y político, que en uno legal, lo que dificulta su tratamiento en estrictos términos jurídicos, *vid.* ESTRELLA DE NORIEGA, Antonio: *The EU Principle of Subsidiarity...*, p. 2.

<sup>1246</sup> Por ello algunos autores han llegado a calificar el principio de subsidiariedad como de “segundo nivel”, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón: “Sobre la necesaria elevación del rango de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad”, en García de Enterría (director), *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, Madrid, Civitas, 2002, p. 106. Esto lleva al profesor Hinojosa a manifestar que el Protocolo aprobado en Ámsterdam, al margen de las obligaciones formales que conllevaba, las cuales pudieron contribuir a un cierto retraimiento legislativo por parte de la Comisión, no satisfizo a los partidarios de limitar la expansión competencial de la Unión y “se demostró baldío en la práctica, ya que el principio de subsidiariedad tiene una naturaleza política, y su respecto sólo puede juzgarse en concreto sobre la base de una decisión política, casi siempre discutible”, HINOJOSA MARTÍNEZ, Luis Miguel: *El reparto de...*, p. 209.

<sup>1247</sup> El Tribunal de Luxemburgo, a través de reiteradas sentencias, se muestra competente para controlar el principio de subsidiariedad, *vid.* sentencia del TJCE de 15 de diciembre de 1995, *Bosman/Union royale belge des sociétés de football association ASBL*, asunto C-415/93 o la sentencia del TJCE de 13 de mayo de 1997, *República Federal de Alemania/Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea*, asunto C-233/94. No obstante, el Tribunal lo que estudiaría principalmente sería la motivación del acto en cuestión.

caracterizado por anular actos legislativos por violación del principio de subsidiariedad<sup>1248</sup>. La explicación podríamos encontrarla, de nuevo, en el seno de la Convención Europea, al reflejar que “habida cuenta de que el principio de subsidiariedad es un principio de carácter esencialmente político y del margen importante de discrecionalidad de que dispone el legislador en la aplicación de dicho principio, el Tribunal de Justicia, cuando conoce de cuestiones relativas a su vulneración, se limita básicamente a constatar la existencia de motivación en relación con el principio de subsidiariedad”<sup>1249</sup>.

Lo cierto es que el objetivo último (más o menos confeso) de muchos estados defensores de la incorporación del principio a los Tratados era atenuar la cantidad ingente de disposiciones normativas procedentes de las instancias comunitarias<sup>1250</sup>. De hecho, el torrente normativo emanado de la Comisión para conseguir el mercado interior, entre finales de los años ochenta y principios de los noventa del siglo pasado (en cierta medida, justificación de la inclusión de la subsidiariedad en los Tratados) se ha moderado, calculándose que sólo en el 5% de los casos la Comunidad no ha observado este principio<sup>1251</sup>. De todas formas, aunque menor de lo que en algunos estados se piensa o se quiere hacer ver, existe un cierto déficit (al menos de ese 5%) que

<sup>1248</sup> Vid. VERGÉS BAUSILI, Anna: “Rethinking...”, p. 10, nota 24. Por lo que se refiere a la actuación del TJCE, ha anulado actos por no corresponderse con el principio de atribución, proporcionalidad o elección de la base jurídica, pero no directamente por violación de la subsidiariedad. La actuación en sí del Tribunal de Luxemburgo divide a la doctrina: para la gran mayoría, la ausencia de anulaciones por infringir la subsidiariedad es muestra de que el tribunal favorece la extensión de las competencias comunitarias; para otros constata que, en buena medida, las instituciones europeas se esfuerzan por cumplir el principio.

<sup>1249</sup> Mandato del grupo de trabajo sobre el principio de subsidiariedad (CONV 71/02), de 30 de mayo de 2002. Este problema lo expone el profesor Hinojosa, ya que “la aplicación del principio de subsidiariedad lleva consigo la realización de un juicio de oportunidad política en la que el Tribunal no puede sustituir al legislador” y “no existe una verdad objetiva para distinguir lo que es mejor resolver en un plano nacional y lo que recibirá un mejor tratamiento en una dimensión europea. [...] Por tanto, salvo en situaciones muy excepcionales de error manifiesto o carencia evidente de motivación, es prácticamente imposible que la autoridad judicial acoja las alegaciones basadas en la vulneración de este principio”, lo que implica que “al final, la cuestión se centra en determinar si la institución comunitaria ha cumplido con las obligaciones de motivación del acto, su margen de apreciación es amplísimo”, HINOJOSA MARTÍNEZ, Luis Miguel: *El reparto de...*, pp. 135-136.

<sup>1250</sup> Como dice Estrella, “el objetivo fundamental de los Estados Miembros cuando decidieron incorporar la subsidiariedad al TCE era precisamente situar otro obstáculo en el camino de la transferencia de soberanía desde los Estados Miembros a la CE”, ESTRELLA DE NORIEGA, Antonio: *The EU Principle of Subsidiarity...*, p. 2.

<sup>1251</sup> Vid. VERGÉS BAUSILI, Anna: “Rethinking...”, p. 10. La idea de la Comisión, según Vergés, sería “*do less but do better*”, *ibidem*, p. 8. En todo caso, si bien es posible que el principio de subsidiariedad se respete formalmente en la gran mayoría de los casos, no parece que la UE y, en especial, la Comisión, disminuyeran su actividad normativa o la limitaran a sus aspectos esenciales. Sobre ello volveremos más adelante.

el TJCE pasaba por alto, de ahí que Von Bogdandy considerase que la subsidiariedad ya estaba en la cultura legislativa, aunque no todavía en el TJCE<sup>1252</sup>.

#### D. El principio de proporcionalidad

Del mismo modo que había acontecido con la subsidiariedad, el principio de proporcionalidad se introdujo en el Tratado de la Comunidad Europea a partir de la reforma emanada de Maastricht, insertándose en el párrafo tercero del art. 3B (posteriormente art. 5 TCE), si bien ya había sido utilizado anteriormente por el TJCE como criterio de legalidad de la actuación de los poderes públicos<sup>1253</sup>. De esta manera, el TCE disponía que “ninguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del presente Tratado”, actuando tanto en el ámbito del ejercicio de las competencias comunitarias (en todos ellos, incluyendo, a diferencia del principio de subsidiariedad, las competencias exclusivas) como sirviendo de límite en el ejercicio de los poderes estatales<sup>1254</sup>.

De acuerdo con la síntesis formulada por el profesor Hinojosa, se podían distinguir tres aspectos esenciales del principio de proporcionalidad, a modo de un test cumulativo: a) la medida habría de ser necesaria para conseguir el objetivo perseguido; b) para lograr dicho objetivo no debían existir mecanismos que lo permitan alcanzar de forma menos restrictiva; y c) la medida no podía provocar un efecto negativo desproporcionado en relación con el objetivo<sup>1255</sup>.

Estas características básicas que configuraban el principio de proporcionalidad, tendrían su reflejo más elaborado y concreto en el *Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad*, anexo al Tratado de Ámsterdam (apartados 6, 7 y 9):

<sup>1252</sup> VON BOGDANDY, Armin: “Doctrine of Principles”, *European Integration: The New German Scholarship, Jean Monnet Working Paper*, New York, nº 9, (2003), p. 52.

<sup>1253</sup> Vid. HINOJOSA MARTÍNEZ, Luis Miguel: *El reparto de...*, p. 139.

<sup>1254</sup> Sentencia del TJCE de 10 de marzo de 2005, *Tempelman and Mr. and Mrs. van Schaijk /Directeur van de Rijksdienst voor de keuring van Vee en Vlees*, asuntos C-96/03 y C-97/03.

<sup>1255</sup> Vid. HINOJOSA MARTÍNEZ, Luis Miguel: *El reparto de...*, p. 141.



“6. La forma de la actuación comunitaria deberá ser lo más sencilla posible, coherente con el logro satisfactorio del objetivo de la medida y con la necesidad de su ejecución eficaz. La Comunidad deberá legislar únicamente en la medida de lo necesario. En igualdad de condiciones, las directivas serán preferibles a los reglamentos, y las directivas marco a las medidas detalladas [...]”.

7. En lo que se refiere a la naturaleza y al alcance de la actuación de la Comunidad, las medidas comunitarias deberían dejar un margen tan amplio como sea posible para que las decisiones se tomen a nivel Nacional, de forma compatible con el doble objetivo de que las medidas cumplan su finalidad y de que se respeten los requisitos del Tratado [...]. Cuando corresponda y a reserva de su correcta ejecución, las medidas comunitarias deberían ofrecer a los Estados miembros varias formas alternativas de alcanzar los objetivos perseguidos.

9. Tener debidamente en cuenta la necesidad de que cualquier carga, tanto financiera como administrativa, que recaiga sobre la Comunidad, los gobiernos nacionales, las autoridades locales, los agentes económicos o los ciudadanos deberá ser reducida al mínimo y deberá ser proporcional al objetivo que se desee alcanzar”.

Por todo ello, puede decirse que “el principio de proporcionalidad ha permitido controlar la actuación de las instituciones europeas mucho más allá de las obligaciones de motivación, y constituye un indiscutible límite jurídico en el ejercicio de las competencias comunitarias (y nacionales) cuyas condiciones de fondo son claramente susceptibles de revisión jurisdiccional”<sup>1256</sup>. No obstante, la *praxis* de la jurisprudencia comunitaria demuestra que suele dejar un importante margen de apreciación a la hora de elegir la medida más adecuada o cuando debe priorizarse entre diferentes objetivos en conflicto<sup>1257</sup>.

#### IV. PRINCIPALES LÍNEAS DE REFORMA DEL SISTEMA DE COMPETENCIAS ANTERIOR A LA ENTRADA EN VIGOR DEL TRATADO DE LISBOA

Una vez examinado como funcionaba el sistema de competencias en la Unión Europea, veremos ahora, sintéticamente, las principales líneas de reforma del modelo competencial que se plantearon en el período preconvencional o paralelamente al desarrollo de la propia Convención Europea; es decir, las aportaciones más relevantes efectuadas por las instituciones comunitarias o la doctrina y que servirían para entender

<sup>1256</sup> *Ibidem*, p. 142. *Vid.* sentencia del TJCE *Tempelman*, ya mencionada líneas atrás. Todo lo anterior da soporte a quienes, como Hinojosa, sostienen que el principio de proporcionalidad ha sido en la práctica más eficaz que el de subsidiariedad “como mecanismo limitador de la expansión de las competencias comunitarias”, HINOJOSA MARTÍNEZ, Luis Miguel: *El reparto de...*, p. 143.

<sup>1257</sup> *Vid. ibidem*, pp. 141-142. *Vid.* sentencia del TJCE de 12 de noviembre de 1996, *Reino Unido/Consejo*, asunto C-84/94, que también consagra la independencia entre los principios de proporcionalidad y subsidiariedad, pese a la indudable relación entre ellos.

muchos de los debates y planteamientos suscitados en el seno de la Convención acerca del sistema competencial y que acabarían pasando al Tratado Constitucional y al Tratado de Lisboa.

#### A. Las aportaciones del Parlamento y de la Comisión Europea

Comenzamos esbozando sintéticamente las contribuciones presentadas por las dos instituciones de la Unión Europea históricamente más europeístas: el Parlamento Europeo y la Comisión.

El Parlamento Europeo, a través de su resolución del año 2002, formulaba una propuesta innovadora en muchos aspectos<sup>1258</sup>. La iniciativa partía de la base de que la intervención de la Unión sólo sería legítima cuando respondiese, al menos, a uno de los siguientes criterios: el espacio pertinente de la acción prevista excede los límites estatales, por lo que sería necesaria la gestión a nivel comunitario para no producir un potencial perjuicio a uno o varios estados; la acción a nivel comunitario supone una ventaja de sinergia en términos de eficacia y de economía de escala; y la acción a nivel comunitario responde a una exigencia de solidaridad o cohesión que no podrían conseguir los estados por separado.

Sobre estos cimientos, el Parlamento abogaba por diferenciar objetivos y competencias definidas por materias con el fin de lograr un reparto de competencias sencillo y preciso, así como por una mejor conceptualización de las funciones legislativa y ejecutiva (y también judicial). Para ello, distinguía entre tres tipos de competencias: de principio o presunción de competencia estatal, rechazando establecer una lista de competencias de los estados; las competencias propias atribuidas a la Unión<sup>1259</sup>; y las compartidas, dentro de las cuales diferenciaba los supuestos donde la

---

<sup>1258</sup> Vid. *Resolución sobre la delimitación de competencias entre la Unión Europea y los Estados miembros*, de 16 de mayo de 2002, sobre la base del Informe *Lamassoure*, de 6 de febrero; el texto final modulaba el papel de las entidades regionales respecto del proyecto de informe inicial.

<sup>1259</sup> En esta categoría incluía el mercado interior, incluidas las cuatro libertades y los servicios financieros, la política de competencia, las políticas estructurales y de cohesión, los Tratados de asociación, así como, para la zona del euro, la política monetaria; además, pretendía incluir la definición y dirección de la política exterior y de defensa común, el fundamento jurídico del espacio común de libertad y seguridad, así como la financiación del presupuesto de la Unión.

UE fijaría las reglas generales (operando la preclusión)<sup>1260</sup>, aquéllos donde la acción de la Unión simplemente completaría a la estatal<sup>1261</sup>, y aquéllos en que tendría un mero carácter de coordinación<sup>1262</sup>.

El Parlamento Europeo se mostraba también muy crítico con el método de coordinación abierta, abogando por un verdadero control parlamentario. Paralelamente, aceptaba mantener el art. 308 TCE, aunque como instrumento excepcional, con más participación del propio Parlamento y permitiendo que también pudiera ser empleado para la devolución de competencias estatales; de este modo, admitía la naturaleza dinámica y evolutiva del sistema, por lo que propugnaba someterlo a examen al cabo de diez años.

En relación con la subsidiariedad, proponía que un miembro de la Comisión controlase su aplicación en todos los textos emanados de esta institución (no deja de ser paradójico que la verificación de este principio se encargaba a un miembro del órgano del que parten las iniciativas normativas). Pero, sobre todo, preveía un recurso previo y con capacidad suspensiva, que se podría plantear durante el mes siguiente a la adopción de la norma, por razón de inobservancia de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad; dicho recurso se presentaría ante una sala del TJCE dedicada a las cuestiones constitucionales y relacionadas con las competencias y los derechos fundamentales, estando legitimados la Comisión o una minoría significativa del Consejo o del Parlamento Europeo, y tendría que ser resuelto en el plazo máximo de un mes. No obstante, Hinojosa apuntaba que una reforma procesal de este tipo no merecía la pena, al considerar que sometería a una importante presión al Tribunal derivada del plazo de

---

<sup>1260</sup> En este caso, la resolución menciona la protección de los consumidores, agricultura, pesca, transportes, redes transeuropeas, medio ambiente, investigación y desarrollo tecnológico, energía, política social y de empleo, política de inmigración y otras políticas vinculadas a la libre circulación de personas, fomento de la igualdad entre hombres y mujeres, asociación de los países y territorios de ultramar, cooperación al desarrollo y régimen fiscal vinculado al mercado único, así como las relativas a la realización de la política exterior y de la política de defensa y seguridad, interior y exterior, en su dimensión transnacional.

<sup>1261</sup> El texto se refería, en este caso, a la educación, la formación, la juventud, la protección civil, la cultura, los medios de comunicación, los deportes, la sanidad, la industria y el turismo, y los contratos civiles y comerciales; ámbitos en los que los estados conservan la competencia normativa.

<sup>1262</sup> La resolución citaba la coordinación de políticas presupuestarias y fiscales en el marco de la Unión Económica y Monetaria, así como la de las políticas de empleo.

resolución de un mes y que el recurso de nulidad también podía ser utilizado para este fin<sup>1263</sup>.

Por su parte, la Comisión Europea, presentó su propuesta apenas unos días después de la iniciativa del Parlamento<sup>1264</sup>. El colegio de comisarios, aun reconociendo la falta de claridad del sistema competencial, rechazaba la inclusión en el Tratado Constitucional de una lista de competencias con pretensión codificadora. Además, estimaba que el Tratado debería enunciar claramente que la Unión sólo podría actuar si se le atribuía una competencia (respetando los principios de subsidiariedad y proporcionalidad) y pretendía hacer explícita la primacía del Derecho de la Unión sobre el estatal.

#### B. Las aportaciones de la doctrina

En las siguientes líneas resumiremos los principales puntos de vista de la doctrina en relación con el sistema competencial, la mejora de la aplicación y funcionamiento real del principio de subsidiariedad, y el papel del TJCE, en ocasiones señalado de favorecer la expansión competencial comunitaria.

##### 1. Propuestas: clarificación de competencias, mejora de la subsidiariedad y papel del Tribunal de Justicia

Bajo esta rúbrica señalamos, como se acaba de exponer, los aspectos principales sobre los que discurriría el debate competencial. Comenzando por los profesores Von Bogdandy y Bast, los ejes básicos de su propuesta eran: mantenimiento de la flexibilidad del sistema que consagra el art. 308<sup>1265</sup>, aunque mejorando el papel del Parlamento Europeo con la introducción de la codecisión<sup>1266</sup>; necesidad de un

<sup>1263</sup> A lo que habría que añadir las escasas posibilidades de éxito de los recursos basados en la violación del principio de subsidiariedad, *vid.* HINOJOSA MARTÍNEZ, Luis Miguel: *El reparto de...*, pp. 202-203.

<sup>1264</sup> *Vid.* Comunicación de la Comisión de 22 de mayo de 2002, *Un Proyecto para la Unión Europea*.

<sup>1265</sup> Estos autores consideraban que “una cierta apertura de la competencia del ente no es desventajosa; [...] demasiada rigidez conduciría previsiblemente a que los Estados miembros utilizasen aún con mucha más intensidad el procedimiento de la «coordinación abierta», sumamente problemático desde el punto de vista político y jurídico-constitucional”, VON BOGDANDY, Armin - BAST, Jürgen: “El orden competencial...”, p. 66.

<sup>1266</sup> En este sentido hacían una crítica de la propuesta lanzada por Wolfgang Clement, en aquel momento Presidente de Renania del Norte-Westfalia, de suprimir el art. 95 y 308 TCE; igualmente rechazaban su pretensión de crear una novedosa competencia de principios, por la que la Unión únicamente se limitaría a aprobar la normativa marco, utilizando como criterio de delimitación competencial la afectación directa

“reblandecimiento”<sup>1267</sup> del Derecho Comunitario derivado, puesto que, como dicen ambos autores, “el problema tampoco reside en la extensión de las competencias, sino en la densidad normativa de los correspondientes actos jurídicos”<sup>1268</sup>; mejora de la transparencia en las competencias de la Unión sobre la base de una mayor transparencia y aclaración de las funciones de los distintos órganos comunitarios<sup>1269</sup>; y negativa a un catálogo de competencias a favor de los estados<sup>1270</sup>.

Chiti consideraba que, en realidad, la cuestión competencial “se debe plantear no como problema de delimitación, en el sentido de distinción de competencias, sino como problema de reparto de las mismas, en una perspectiva de poderes que compiten en todos los sectores”<sup>1271</sup>. Apuntaba pues a un sistema flexible, “pragmático y evolutivo por el que en la misma materia concurren poderes competidores de la Unión y de los Estados que, caso por caso, van siendo ejercitados teniendo en cuenta las exigencias de la subsidiariedad, de la proporcionalidad y de la sensatez”<sup>1272</sup>; no en vano, para este autor, toda política tendría a su vez un “nivel de interés comunitario y uno nacional, con infinidad de combinaciones entre ambos”<sup>1273</sup>.

Por su parte, Pereira Menaut<sup>1274</sup> partía de la premisa de que el sistema de listas sería inadecuado, siendo mucho más apropiado un modelo basado en una serie de principios generales: los poderes centrales europeos deberían evitar el *micromanagement*<sup>1275</sup>, la regulación detallada, incluso en las materias exclusivas de la

---

de los derechos y obligaciones de los ciudadanos, lo que podría suponer según ambos autores un retroceso anterior a la sentencia *Van Gend*, vid. *ibidem*, pp. 50-51.

<sup>1267</sup> *Ibidem*, p. 53.

<sup>1268</sup> *Ibidem*. Esto nos llevaría al problema de la regulación excesivamente detallada que puede producir la Unión, hasta en los aspectos más insignificantes (el *micromanagement*). Merece la pena insistir en que la utilización de la *preemption* en el campo de las competencias compartidas fue la posibilidad adoptada, pero habría otras alternativas que ayudarían a evitar el exceso de detalle en la regulación comunitaria, como procurar que la Unión sólo legislara cuando fuera necesaria una regulación unitaria (más allá de este supuesto, las materias seguirían en manos estatales) o que su legislación se limitara a aquello que realmente era básico, dejando la regulación reglamentaria y detallada a los estados; vid. GARCÍA-PELAYO Y ALONSO, Manuel: *Derecho constitucional...*, p. 235, en relación con la teoría general de distribución de competencias expuesta al principio de este Capítulo.

<sup>1269</sup> Vid. VON BOGDANDY, Armin - BAST, Jürgen: “El orden competencial...”, pp. 62-63.

<sup>1270</sup> Vid. *ibidem*, p. 63.

<sup>1271</sup> CHITI, Mario P.: “¿Delimitación...”, p. 80.

<sup>1272</sup> *Ibidem*.

<sup>1273</sup> *Ibidem*.

<sup>1274</sup> Vid. PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos: “Crecer...”, pp. 127-128.

<sup>1275</sup> En cierto sentido, el *Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad* adoptado en Ámsterdam, ya disponía en su punto 6 que “la Comunidad deberá legislar únicamente en la medida de lo necesario. En igualdad de condiciones, las directivas serán preferibles a los

Unión, de forma que ésta quedase en manos de los gobiernos más próximos a los ciudadanos; el nivel europeo no debería intervenir cuando los estados pudieran gobernarse por sí mismos ni cuando estuvieran ante asuntos internos, actuando sólo cuando fuese necesario para lograr el fin propuesto; la subsidiariedad debería deslindarse de la eficacia, aplicándose también a las competencias exclusivas de la Unión (con la salvedad de la emisión monetaria del Banco Central Europeo); los estados deberían conservar algunas competencias de decisión sustanciales (estaríamos ante la problemática de los núcleos duros, a la que volveremos en este trabajo); y deberían reformarse los arts. 6.4 TUEa y 308 TCE que han contribuido a incrementar de forma excesiva los ámbitos competenciales de la Unión.

Siguiendo el esquema propuesto, nos centraremos a continuación en las propuestas surgidas en torno a dos cuestiones fundamentales para la mejora del sistema de competencias: el principio de subsidiariedad, y el papel del Tribunal de Justicia como árbitro de las controversias entre la Unión y los estados.

Respecto de la subsidiariedad, resultaba evidente que, desde la introducción de este principio por el TUE, su aplicación práctica había quedado en muchos casos desvirtuada no dando los resultados esperados<sup>1276</sup>, y ello a pesar de que con el Tratado de Ámsterdam se había elaborado un Protocolo específico relativo a la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. Ante esta situación surgieron dos posturas diferenciadas entre la doctrina: las que consideraban que había que implicar más al conjunto de las instituciones comunitarias para respetar este principio, admitiendo que podrían introducirse algunas mejoras en su formulación; y aquellas que, por el contrario, creían necesario establecer nuevos mecanismos e incluso órganos *ad hoc* controladores de este principio.

Entre los primeros podemos destacar a los profesores Von Bogdandy y Bast, quienes rechazaban la creación de un Comité de la Subsidiariedad formado por parlamentarios nacionales (propuesta que examinaremos a continuación) o la transformación del Comité de las Regiones en un órgano codecisorio, apostando porque

---

reglamentos, y las directivas marco a las medidas detalladas”; no obstante, aunque cargada de buenas intenciones, parecía una declaración mucho más genérica que efectiva.

<sup>1276</sup> *Vid.* Mandato del grupo de trabajo sobre el principio de subsidiariedad (CONV 71/02), de 30 de mayo de 2002, al que ya nos hemos referido anteriormente.

el TJCE reforzara las exigencias de motivación del art. 253 TCE y por la rendición anual de cuentas de la Comisión sobre la aplicación de la subsidiariedad, principios recogidos en el Protocolo aprobado en Ámsterdam<sup>1277</sup>. En análogo sentido Martín y Pérez de Nanclares consideraba que tanto la obligación de motivación como el informe anual eran garantías adecuadas, que podrían mejorarse introduciendo una ficha de la subsidiariedad y elevando las exigencias del TJCE, si bien el problema estaba en que “es consustancial al propio principio la existencia de un (amplio) margen de apreciación que por fuerza será siempre susceptible de generar divergencias interpretativas sobre su alcance”<sup>1278</sup>.

Representantes de la segunda corriente serían Pernice, quien había propuesto crear un Comité Parlamentario sobre la Subsidiariedad (integrado por miembros del Consejo, Parlamento Europeo, Parlamentos Nacionales y Parlamentos regionales) a modo de guardián de la subsidiariedad, aunque sus opiniones no serían vinculantes para el Consejo y el Parlamento<sup>1279</sup>; y Pereira Menaut, que consideraba que un órgano de este tipo debería estar compuesto por miembros del Comité de las Regiones, Parlamento Europeo, jurisdicciones nacionales y cámaras altas de los Parlamentos Nacionales, debiendo participar en el proceso legislativo siempre que la normativa tuviera un elevado componente territorial<sup>1280</sup>.

Resulta interesante traer a colación la opinión de Vergés Bausili, que distinguía una doble dimensión del principio de subsidiariedad: como principio normativo (mejor nivel de acción sobre la base de efectividad y proximidad a los ciudadanos) y como estimación política sobre qué nivel ha de tomar las decisiones (con una presunción de preferencia por la acción estatal), siendo esta segunda dimensión la realmente trascendente<sup>1281</sup>. De esta forma, la reforma de la subsidiariedad debía inscribirse en un cambio más profundo, clarificando objetivos, instrumentos y competencias, o

<sup>1277</sup> Vid. VON BOGDANDY, Armin - BAST, Jürgen: “El orden competencial...”, pp. 58-60.

<sup>1278</sup> MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José: “La delimitación...”, p. 367. Al igual que Von Bogdandy, este autor rechazaría la institucionalización del Comité de las Regiones como controlador de este principio, si bien aceptaría un comité paritario de representantes del Parlamento Europeo y los Parlamentos estatales (que podría abrirse también a representantes del Consejo y de los Parlamentos regionales, de forma parecida a la formulación dada por Pernice que veremos a continuación), aunque no estimaba que fuese una solución plenamente satisfactoria, *vid. ibidem*, pp. 371-372.

<sup>1279</sup> Vid. PERNICE, Ingolf: “The European...”, p. 9.

<sup>1280</sup> Vid. PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos: “Crecer...”, p. 124.

<sup>1281</sup> Vid. VERGÉS BAUSILI, Anna: “Rethinking...”, pp. 7-8.

explicitando una cláusula de competencia residual a favor de los estados; la subsidiariedad en cierto modo, no sería una cuestión estrictamente jurídica sino de apreciación por las diferentes opiniones públicas<sup>1282</sup>.

Para terminar con lo relativo a la subsidiariedad, creemos oportuno reseñar dos planteamientos singulares: el profesor Fernández Rodríguez apuntaba que parte del problema radicaría en la subordinación de este principio respecto de aquéllos que determinan las competencias. Es decir, la subsidiariedad (e incluye también la proporcionalidad) sólo operaba como principio de aplicación-ejercicio de competencias, no como criterio de delimitación-interpretación de las mismas, por lo que este autor sugería una elevación del rango de ambos principios<sup>1283</sup>. Por su parte, Chiti planteaba que “después de una inicial interpretación como principio para limitar la esfera de las intervenciones comunitarias, ha adoptado el papel de instrumento para la eventual ampliación de las competencias comunitarias gracias a su naturaleza de criterio funcional, o sea, destinado a identificar el nivel de intervención más apropiado, caso por caso, en consideración de la naturaleza de las intervenciones”<sup>1284</sup>.

Por lo que se refiere al papel reservado al Tribunal de Justicia, al igual que sucedía con el principio de subsidiariedad, la doctrina volvía a estar dividida. La cuestión vendría a ser si el TJCE era un órgano suficientemente independiente o si su actuación implicaría un sucesivo incremento de las competencias comunitarias por vía interpretativa en perjuicio de las estatales<sup>1285</sup>. Así, nos encontraremos con autores

<sup>1282</sup> *Vid. ibidem*, p. 10.

<sup>1283</sup> *Vid.* FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón: “Sobre la necesaria elevación...”, pp. 103-110. Este autor expone que “los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad [...] no juegan [...] papel alguno en el proceso de interpretación de las bases jurídicas que sirven de respaldo a la acción de las instituciones comunitarias, ni pueden por ello servir de freno a las penetraciones «insidiosas» de dichas instituciones en el campo de acción que corresponde en exclusiva a los Estados miembros”, *ibidem*, p. 109.

<sup>1284</sup> CHITI, Mario P.: “¿Delimitación...”, p. 79. Desde nuestro punto de vista esta afirmación parece excesiva, pues si bien consideramos que la configuración de la subsidiariedad era mejorable en cuanto garantía para los estados y no ha alcanzado los resultados que éstos posiblemente esperaban, no creemos que su formulación sirva de instrumento para que la UE amplíe su capacidad de intervención puesto que, al menos, obliga a la Comisión a fundamentar mejor sus iniciativas normativas.

<sup>1285</sup> Von Bogdandy y Bast sostenían que las propuestas “que consideran incompetente al TJCE para resolver adecuadamente los conflictos competenciales verticales, han perdido actualidad”, VON BOGDANDY, Armin - BAST, Jürgen: “El orden competencial...”, p. 55; para estos autores, el Tribunal de Justicia se configura como un órgano perfectamente válido e independiente, como demostraría la sentencia de 5 de octubre de 2000, *Alemania/Parlamento Europeo y Consejo*, asunto C-376/98, que anuló la directiva de publicidad del tabaco al exceder los límites del art. 95 del TCE, *vid. ibidem*, pp. 54-55. En análogo sentido se pronunciaba Martín y Pérez de Nanclares, quien al ejemplo que acabamos de ver, añadía otros tres: el *dictamen* 1/94, de 15 de noviembre de 1994, que no incluía los servicios ni la



defensores a ultranza del TJCE (que por otra parte, como queda patente a lo largo del trabajo, ha sido un elemento fundamental en el proceso de integración europea) y quienes argumentaban que, cuando hubiera que resolver conflictos competenciales, sería más apropiado un nuevo órgano *ad hoc* como en su día había propuesto Weiler<sup>1286</sup> o Pereira Menaut<sup>1287</sup>. No obstante, la creación de un nuevo tribunal plantearía dificultades técnico-jurídicas: sería necesario delimitar su jurisdicción y establecer reglas de relación entre su jurisprudencia y la del propio TJCE; habría que diseñar un mecanismo que resolviese los conflictos de competencia entre ambos tribunales; la propia composición del nuevo tribunal sería también problemática; y, en definitiva, el sistema judicial resultante sería más complejo<sup>1288</sup>.

## 2. Consensos básicos y principales divergencias

De lo anterior podríamos considerar que existía acuerdo de la mayor parte de la doctrina en una serie de puntos básicos relativos al sistema competencial:

a) Necesidad de categorización de las competencias, siendo el criterio a utilizar el de la intensidad (competencias exclusivas, compartidas y complementarias, con independencia de la terminología que cada autor utilice).

---

propiedad intelectual en la competencia exclusiva de la política comercial común; el *dictamen* 2/94, de 28 de marzo de 1996, que negaba competencia a la Comunidad para adherirse al CEDH; y la sentencia de 20 de marzo de 1997, *Francia/Comisión*, asunto C-57/95, que anuló una comunicación de la Comisión, *vid.* MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José: “La delimitación...”, p. 377.

<sup>1286</sup> Sería un Consejo Constitucional Europeo compuesto por jueces de los tribunales constitucionales o supremos nacionales y el Presidente del Tribunal de Justicia, competente respecto de los conflictos de competencias planteados por el Parlamento Europeo, el Consejo, la Comisión o los estados, *vid.* WEILER, Joseph H. H.: *The Constitution of Europe: do the new clothes have an emperor?: and other essays of european integration*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, pp. 353-354; también puede encontrarse en STITH, Richard T. - WEILER, Joseph H. H.: *Dos visiones norteamericanas de la jurisdicción de la Unión Europea*, Santiago de Compostela, Universidade de Santiago de Compostela, 2000, pp. 63-64. Una formulación más reciente en sentido similar puede verse en GOLL, U. - KENNETNER, M.: “Brauchen wir ein Europäisches Kompetenzgericht? - Vorschläge zur Sicherung der mitgliedstaatlichen Zuständigkeiten”, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2002, pp. 101 y ss., citado de MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José: “La delimitación...”, pp. 378-379.

<sup>1287</sup> Este autor iba más allá al considerar que “habría que entregar la función de resolver los conflictos de competencias a otro órgano no judicial, designado, a partes iguales, por el Consejo, la Comisión, el Parlamento Europeo, los parlamentos nacionales y el Comité de las Regiones”, PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos: “Crecer...”, p. 126.

<sup>1288</sup> *Vid.* MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José: “La delimitación...”, pp. 380-383, *vid.* HINOJOSA MARTÍNEZ, Luis Miguel: *El reparto de...*, pp. 346-347. Esta suma de consideraciones estaría en la raíz de que tanto la Convención como el Tratado Constitucional y finalmente el Tratado de Lisboa, no contemplaran un nuevo órgano judicial exclusivo para el ámbito competencial y apostaran por fortalecer el Tribunal de Justicia, ampliando la legitimación activa del recurso de nulidad al Comité de las Regiones e indirectamente a los Parlamentos Nacionales, en base a la aplicación del mecanismo de alerta temprana al que nos referiremos en próximos apartados.

b) Conveniencia de hacer más explícita la cláusula de competencia residual, o de principio, a favor de los estados. La realización de un listado de competencias por materias no se percibía como absolutamente necesaria, pero si se optase por su inclusión, no debía ser un listado rígido ni tasar o enumerar las competencias que corresponderían a los estados.

c) Conservación de la cláusula de flexibilidad del art. 308 TCE, aunque con mayores controles y más participación del Parlamento Europeo. Lo mismo podría decirse respecto de las competencias de carácter horizontal (arts. 94 y 95 TCE).

d) Fortalecimiento del principio de subsidiariedad e intento de que, en la medida de lo posible, la Unión regulase los aspectos básicos dejando la regulación de detalle a los estados o entidades infraestatales, evitando así el *micromanagement*.

e) Necesidad, de forma conexas, de simplificar los instrumentos y procedimientos normativos, introduciendo algún tipo de jerarquía o gradación normativa.

Por el contrario, los desacuerdos serían más palpables respecto al papel del Tribunal de Luxemburgo en la resolución de los conflictos de competencia Unión-estados, y sobre todo, en relación a cómo reformar el sistema y procedimiento de aplicación del principio de subsidiariedad (necesidad o no de introducir nuevos órganos, así como su composición y capacidad decisoria). Las respuestas a estos interrogantes y las diferentes soluciones adoptadas en el seno de la Convención Europea que sirvió de base al frustrado Tratado Constitucional y al Tratado de Lisboa finalmente en vigor, determinarán el sentido de los próximos epígrafes de este Capítulo.

#### V. LA PROPUESTA DE LA CONVENCION. INNOVACION SIN RUPTURA: CLARIFICACION DEL SISTEMA COMPETENCIAL Y REFUERZO DE LA SUBSIDIARIEDAD

Como ya hemos visto en el Capítulo Segundo, con el objeto de dar respuesta a las cuestiones planteadas primero por la *Declaración n° 23* anexa al Tratado de Niza y después por la *Declaración de Laeken*, entre las que figuraba en un lugar preeminente la

consecución de un mejor reparto y definición de competencias en la Unión Europea<sup>1289</sup>, se creó un órgano novedoso, la Convención Europea, dotado de una composición plural (gobiernos estatales, Parlamento Europeo y Parlamentos Nacionales, Comisión y países candidatos), cuyos trabajos acabarían cristalizando en un Proyecto de Tratado Constitucional. En este sentido, la Convención “quedó así emplazada a librar al tiempo cuatro batallas políticas entrelazadas y en muchas ocasiones transversales para los contendientes: devolución o no de competencias a los Estados miembros, catálogo de competencias o clasificación de las mismas, reducción o ampliación de las existentes y gestión del principio de subsidiariedad”<sup>1290</sup>.

En lo que al modelo competencial se refiere, el Prefacio de este texto elaborado por la Convención puede servirnos de guía a la hora de determinar si efectivamente, se había mejorado el esquema de distribución competencial vertical.

De esta manera, el Prefacio afirma, en su primer punto, que se “propone un mejor reparto de las competencias de la Unión y de los Estados miembros”, lo que se regularía en el Título III de la Parte I bajo la denominación *De las competencias de la Unión* (arts. 9-17), sobre la base de las conclusiones de los Grupos de Trabajo I (Subsidiariedad) y V (Competencias Complementarias).

Además, el tercer punto recogido en el Prefacio incidiría en la “simplificación de los instrumentos de actuación de la Unión”, ámbito que, como veremos, estaría estrechamente ligado al funcionamiento del modelo competencial y se desarrollaría en el Título V de la Parte I bajo la rúbrica *Del ejercicio de las competencias de la Unión*, partiendo de las conclusiones emanadas del Grupo de Trabajo IX (Simplificación de los procedimientos e instrumentos legislativos).

Finalmente, habría que tener en cuenta que sería en la Parte III del Proyecto de la Convención donde se determinaría el alcance y las condiciones del ejercicio de las

---

<sup>1289</sup> Conforme a lo previsto por la *Declaración de Laeken*, podrían extraerse tres aspectos básicos en relación con las competencias: cómo hacer más transparente el reparto de competencias, determinar si hay que proceder a un reajuste en el reparto de competencias, y cómo garantizar que el reparto renovado de competencias no lleve a una ampliación de las competencias de la Unión, *vid.* BORRELL, Josep - CARNERO, Carlos - LÓPEZ GARRIDO, Diego: *Construyendo...*, pp. 62-63.

<sup>1290</sup> *Ibidem*, p. 63.

competencias de la Unión conforme a las disposiciones específicas de cada ámbito<sup>1291</sup>, mientras que la concreción de principios nucleares para el funcionamiento del esquema competencial, como el de subsidiariedad y el de proporcionalidad, se llevaría a cabo a través de Protocolos anexos al texto de la Convención.

#### A. Clarificación del sistema competencial

En los siguientes apartados examinaremos las importantes aportaciones hechas por la Convención en lo relativo a la categorización de las competencias entre la Unión Europea y los estados, tanto en lo que se refiere a las características que habría de tener cada tipología competencial (partiendo de las aportaciones jurisprudenciales del Tribunal de Luxemburgo en este ámbito) como a la forma en que se ejercitarían, para lo que se establece una jerarquía de actos jurídicos diferenciando expresamente entre ámbitos legislativo, de desarrollo legislativo y ejecutivo. Para ello tomaremos como referencia los informes elaborados por los Grupos de Trabajo V y IX que desembocarían (en una parte muy importante) en las disposiciones sobre el modelo competencial que incluiría el Proyecto de Tratado Constitucional redactado por la Convención Europea.

##### 1. Informe del Grupo de Trabajo V: explicitación de las categorías de competencias

La Convención Europea, cuya sesión constitutiva se celebró el 28 de febrero de 2002, estableció un Grupo de Trabajo sobre las denominadas competencias complementarias, cuya actuación y conclusiones irían más allá del examen de esta tipología competencial<sup>1292</sup>, algo en lo que tendría mucho que ver el Parlamento Europeo, tanto a través de los representantes de esta institución en la Convención como por medio de su propia propuesta competencial<sup>1293</sup>.

<sup>1291</sup> *Vid.* art. 11.6 PTC.

<sup>1292</sup> Como ámbito de debate se disponía que “el Grupo se centrará en la cuestión de las competencias complementarias e intentará contribuir a delimitar con más claridad las competencias entre la UE y los Estados miembros”; *vid.* Mandato del Grupo “Competencias complementarias” (CONV 75/02), de 31 de mayo de 2002.

<sup>1293</sup> *Vid. Resolución sobre la delimitación de competencias entre la Unión Europea y los Estados miembros*, de 16 de mayo de 2002, sobre la que nos hemos referido con anterioridad.

Este Grupo de Trabajo (que sería el V) trataría inicialmente de dar respuesta a una batería de preguntas que se recogían en su mandato<sup>1294</sup>, diferenciando desde el primer momento, las competencias complementarias de las concurrentes (o compartidas), partiendo de la premisa de que “las competencias complementarias abarcan los ámbitos en los que la intervención de la Comunidad se limita a completar, apoyar o coordinar la actuación de los Estados miembros” y “la facultad de adoptar normas legislativas en estos ámbitos sigue correspondiendo a los Estados miembros y la intervención de la Comunidad no puede tener el efecto de excluir la intervención de los Estados miembros”<sup>1295</sup>, mientras que en el caso de las concurrentes/compartidas “una vez ha legislado la Unión o la Comunidad en los ámbitos de que se trate, los Estados miembros ya no pueden hacerlo en las materias a las que se dirige esa legislación, salvo en lo necesario para el desarrollo de ésta”<sup>1296</sup>.

El Grupo V desarrollaría sus actividades en seis meses escasos, no limitándose, como acabamos de comentar, a analizar únicamente las cuestiones ligadas a las competencias complementarias. Y ello porque esta tipología competencial no se podía estudiar de forma asilada, lo que llevó a que desde el seno del Grupo de Trabajo se debatiera en sentido amplio la cuestión de la distribución competencial entre la Unión Europea y los estados.

Su Informe final se presentó el 4 de noviembre de 2002 (CONV 375/1/02) recomendando, en primer lugar, una nueva denominación para las competencias complementarias, pasando a utilizarse el término medidas de apoyo<sup>1297</sup>, al tiempo que incidía en que este tipo competencial no podía sustituir a las legislaciones nacionales.

<sup>1294</sup> ¿Cómo puede distinguirse de forma más transparente entre los ámbitos de competencia complementaria, aquéllos en los que la UE carece de competencias y aquéllos en los que hay competencias concurrentes (competencias compartidas entre la UE y los estados miembros)?; ¿Cómo pueden aclararse y racionalizarse las competencias complementarias?; ¿Debe introducirse en los Tratados una definición de las competencias complementarias? En caso afirmativo, ¿cuáles serían las consecuencias?; ¿Debería procurarse, además, enumerar en el Tratado todos los ámbitos de actuación de la UE que entran en la categoría de las competencias complementarias?; ¿Deberían estudiarse otras definiciones, o delimitaciones negativas, de la competencia comunitaria y, en caso afirmativo, de qué modo?; ¿Debería hacerse referencia en el Tratado al método de coordinación abierta, estableciendo a la vez sus límites?; ¿Qué consecuencias tendría establecer unas condiciones más estrictas para utilizar el artículo 308?; ¿Sería útil introducir en el Tratado los principios que regulan la utilización del artículo 308 establecidos por el Tribunal de Justicia?; *vid.* Mandato del Grupo “Competencias complementarias” (CONV 75/02), de 31 de mayo de 2002, pp. 2-5.

<sup>1295</sup> *Ibidem*, p. 2.

<sup>1296</sup> *Ibidem*, p. 3.

<sup>1297</sup> Informe final del Grupo V (CONV 375/1/02), de 4 de noviembre de 2002, pp. 1-2.

Pero además, y esto es lo que implicaba una mayor innovación, el Informe hacía una serie de recomendaciones sobre la situación competencial, traspasando el ámbito específico de las complementarias. Así, consideraba imprescindible dedicar un título propio a las competencias en el futuro Tratado, incluyendo disposiciones que facilitarían delimitar las competencias en cada ámbito, la definición de tres categorías competenciales y las condiciones para su ejercicio.

En relación con la delimitación de las competencias, el Grupo admitía la complejidad que suponía separar las disposiciones sobre políticas de los Tratados vigentes de las referentes a las competencias, si bien “esta dificultad podría reducirse considerablemente si se enunciara sólo una delimitación básica de las competencias en cada ámbito de actuación, manteniendo la definición precisa y detallada de las competencias, en los Tratados vigentes”<sup>1298</sup> de forma que “un artículo aparte aclararía que las competencias en cada ámbito de actuación deberían ejercerse de conformidad con las disposiciones en los artículos pertinentes del Tratado para cada uno de ellos”<sup>1299</sup>.

Respecto de la conceptualización de los tres tipos competenciales, el citado Informe abogaba por “definir las competencias exclusivas y las competencias compartidas en el futuro Tratado de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y determinar los ámbitos respectivos de las competencias exclusivas y compartidas conforme a los criterios definidos por el Tribunal”<sup>1300</sup>. De igual forma, se proponía definir en el futuro Tratado las medidas de apoyo, partiendo de la base de que “se aplican a los ámbitos de actuación en los que los Estados miembros no han transferido competencias legislativas a la Unión, salvo casos excepcionales que se especificarán claramente en el artículo pertinente del Tratado [y] permiten a la Unión secundar y complementar las políticas nacionales cuando ello vaya en interés común de la Unión y los Estados miembros”<sup>1301</sup>.

<sup>1298</sup> *Ibidem*, p. 3.

<sup>1299</sup> *Ibidem*.

<sup>1300</sup> *Ibidem*, p. 7. Respecto de las competencias exclusivas, en el seno del Grupo se plantearon dos posiciones diferenciadas. Por un lado, aquellos que consideraban que las competencias exclusivas deberían denominarse “competencias de la Unión” sobre la base de unos criterios de clasificación principalmente políticos, de forma que todas las competencias en las que la Unión tuviera una responsabilidad principal o total deberían clasificarse como “competencias de la Unión”. Por el otro, la clasificación como exclusivas se basaría en consideraciones puramente jurídicas respecto de ámbitos donde sería fundamental que los estados no actuaran por sí mismos, tesis que, con matices, sería la adoptada, *vid. ibidem*, p. 6.

<sup>1301</sup> *Ibidem*, p. 5.

En lo que se refiere a los principios aplicables al ejercicio de las competencias de la Unión, sobre la base del principio de atribución configurado en el párrafo primero del art. 5 TCE, se recomendaba que el futuro Tratado estableciera explícitamente que todas las competencias que el Tratado no haya atribuido a la Unión sigan correspondiendo a los estados miembros<sup>1302</sup>.

Además, el Informe proponía incluir en un capítulo del futuro Tratado sobre las condiciones aplicables al ejercicio de las competencias, una serie de cláusulas específicas relativas al principio de subsidiariedad, al principio de proporcionalidad, al principio de primacía del Derecho Comunitario o al principio de aplicación y ejecución nacionales (salvo cuando los Tratados prevean que la ejecución corresponda a la Comisión), así como la exposición de motivos para la adopción de un acto, incluida la información necesaria para comprobar que cumple los principios que rigen el ejercicio de las competencias<sup>1303</sup>.

Finalmente, el Informe apuesta por mantener la flexibilidad del sistema comunitario conservando el art. 308 TCE, si bien este precepto fue objeto de un intenso debate en el seno del propio Grupo de Trabajo, apuntando parte de sus miembros “que el artículo 308 se prestaba intrínsecamente a los abusos, por lo que debería suprimirse”<sup>1304</sup>, propuesta que no sería aceptada<sup>1305</sup>; o incluso, había quien abogaba porque pudiera ser utilizado como mecanismo de recuperación de competencias transferidas a la Unión, lo cual también fue rechazado, puesto que la mayoría consideró que ello “daría la impresión errónea de que el artículo 308 era en realidad una disposición “competencia por competencia””<sup>1306</sup>.

---

<sup>1302</sup> *Vid. ibidem*, p. 10.

<sup>1303</sup> *Vid. ibidem*, p. 14.

<sup>1304</sup> *Ibidem*, p. 14.

<sup>1305</sup> Entre los miembros del Grupo que apoyaban la conservación del art. 308, las posiciones tampoco eran unánimes: algunos pretendían que esta disposición sólo pudiera aplicarse al establecimiento y funcionamiento del mercado interior; otros que se limitara su utilización a acontecimientos imprevistos; y un sector de convencionales sugirió que toda medida adoptada en virtud del artículo 308 se desarrollara en el contexto del funcionamiento del mercado común, la Unión Económica y Monetaria o la realización de las políticas o acciones comunes previstas en los artículos 3 y 4 TCE, postura finalmente incluida como recomendación en el Informe final del Grupo y que, como puede observarse, tenía una gran amplitud, *vid. ibidem*, pp. 15-16.

<sup>1306</sup> *Ibidem*, p. 16. No obstante, el Informe recomendó “que el artículo 308 permita que se deroguen por mayoría cualificada actos adoptados en virtud del mismo”, *ibidem*, p. 17.

Del mismo modo, se descartó que este precepto pudiera servir de “base para ampliar el ámbito de competencias de la [Unión] más allá del marco general [del Tratado] o de fundamento para la adopción de disposiciones que, en definitiva, tuviesen por resultado una modificación del Tratado, o base para las medidas de armonización en ámbitos de actuación en que la Unión excluye la armonización”<sup>1307</sup>. Por ello, el Informe recomendaba “adoptar nuevas bases jurídicas específicas en el Tratado para aquellos ámbitos regulados fundamentalmente con arreglo al artículo 308”<sup>1308</sup> y, si bien mantenía la unanimidad del Consejo para adoptar actos conforme a esta disposición, aumentaba los controles para su ejercicio y la participación del Parlamento Europeo, pasando de ser simplemente consultado a tener que prestar su consentimiento<sup>1309</sup>.

## 2. Jerarquización de los actos de la Unión

En lo relativo al ejercicio de las competencias, es decir, a cómo y quién legisla, desarrolla o ejecuta la competencia en cuestión, el modelo existente era extremadamente complejo, poco transparente y con carencias democráticas. A esto habría que añadir la configuración del sistema competencial comunitario con una naturaleza funcional y no orgánica, en la que no resultaba fácil identificar una determinada institución y una específica forma de poder, sin una jerarquización de los actos normativos y que además, tenía tendencia a producir regulaciones excesivamente detalladas (el *micromanagement*).

En este sentido, sobre la base de los trabajos del Grupo IX de la Convención, relativo a la “Simplificación de los procedimientos e instrumentos legislativos”, su Informe final datado el 29 de noviembre de 2002 (CONV 424/02), recomendaba, entre otras cosas<sup>1310</sup>, adoptar una jerarquía de actos de la Unión.

<sup>1307</sup> *Ibidem*, p. 15.

<sup>1308</sup> *Ibidem*, p. 17.

<sup>1309</sup> *Vid. ibidem*, p. 17.

<sup>1310</sup> Así, conviene destacar su apuesta por la supresión de la estructura de pilares. Además, en lo que respecta a los procedimientos, sus orientaciones se dirigirían a generalizar la codecisión para la adopción de actos legislativos (y dentro de ella, la mayoría cualificada en el seno del Consejo), suprimir el procedimiento de cooperación, limitar el dictamen conforme, e introducir en el Tratado Constitucional los principios aplicables a las disposiciones presupuestarias, simplificándolas al adoptar un único procedimiento para gastos obligatorios y no obligatorios, *vid.* Informe final del Grupo de Trabajo IX, Parte II (CONV 424/02), de 29 de noviembre de 2002.



De esta forma, en la Parte I de dicho Informe (Simplificación y jerarquización de los actos de la Unión) se proponía limitar los instrumentos de la Unión a dos modalidades<sup>1311</sup>: instrumentos obligatorios, que serían la ley de la Unión Europea (sustituiría al reglamento), la ley marco de la Unión Europea (sustituyendo a la directiva), la decisión (que consideraría adecuado para la PESC) y el reglamento (que podría ser para actos delegados o de ejecución); e instrumentos no obligatorios, que seguirían siendo la recomendación y el dictamen.

Pero además, para tener una visión más clara del modelo de ejercicio de las competencias y evitar el exceso de detalle de la legislación comunitaria<sup>1312</sup> se recomendaba una jerarquización de tres niveles, en función del grado de intervención normativa, respecto a la adopción de los actos, pasando a establecerse una correspondencia entre la potestad, el tipo de acto/instrumento y el procedimiento de adopción<sup>1313</sup>:

a) Actos legislativos. Estos actos contendrían los elementos esenciales y las opciones políticas fundamentales en un ámbito determinado, correspondiendo al legislador determinar el grado de detalle, pudiendo en su caso ser delegada parte de la regulación normativa de dicho ámbito. Los instrumentos jurídicos que tendrían carácter legislativo serían las leyes de la Unión Europea y las leyes marco de la Unión Europea, siendo su procedimiento de adopción, por regla general, la codecisión.

b) Actos delegados. Serían aquellos actos adoptados en función de una delegación (otorgada a la Comisión) para desarrollar normativamente un ámbito determinado, ya sea desde la reglamentación de los elementos técnicos o detallados que desarrollan un acto legislativo hasta la adaptación ulterior de algunos elementos del propio acto legislativo. De esta forma, sería el legislador el que determinaría si habría que recurrir o no a un acto delegado, fijando en este caso los objetivos, el contenido y

---

<sup>1311</sup> En otro ámbito quedarían los denominados “actos atípicos”, respecto a los que el Grupo consideraba que su simplificación debería hacerse con prudencia para mantener cierta flexibilidad, excluyendo su utilización en el campo legislativo, *vid. ibidem*, pp. 6-7.

<sup>1312</sup> Como dice el mismo Informe, “este exceso de detalle de los actos se ha considerado poco apropiado, en particular en ciertos ámbitos económicos en los que es muy importante la capacidad de adaptación a un entorno cambiante”, *ibidem*, p. 8.

<sup>1313</sup> *Vid. ibidem*, pp. 8-13.

alcance de la habilitación, así como los mecanismos de control del mismo<sup>1314</sup>. Los instrumentos jurídicos que tendrían este carácter delegado serían los reglamentos delegados, adoptados con carácter general por la Comisión y, en casos particulares debidamente justificados, por el Consejo por mayoría cualificada.

c) Actos de ejecución. Como indica su propia denominación, estaríamos ante actos de ejecución de actos legislativos, de actos delegados o previstos en el propio tratado. Los instrumentos jurídicos que tendrían este carácter ejecutivo serían el reglamento de ejecución o la decisión de ejecución. No obstante, conviene tener presente que el principio básico era que la adopción de los actos de ejecución correspondía a los estados miembros, siendo la competencia ejecutiva de la Unión residual. De todas formas, cuando le correspondiera a la Unión ejercitar esta competencia de ejecución, la adopción correspondería en principio a la Comisión y de forma excepcional al Consejo.

### 3. El modelo competencial general diseñado en el Proyecto de Tratado Constitucional

En este estado de cosas, una vez elaborados por los Grupos de Trabajo sus informes con las recomendaciones que acabamos de ver, éstas pasarían al Plenario de la Convención que adoptaría el texto final de la Convención a modo de Proyecto de Tratado Constitucional.

Como ya hemos comentado, la regulación competencial básica de la Unión se establecería en el Título III de la Parte I (arts. 9-17), aunque también habría que tener en cuenta lo dispuesto en el Título V respecto del ejercicio de las competencias, en los Protocolos sobre el cometido de los Parlamentos Nacionales y sobre la aplicación del principio de subsidiariedad y proporcionalidad, así como en diversos preceptos

<sup>1314</sup> Como ejemplo de mecanismos de control el Informe cita:

- Derecho de evocación (*call back*): consistiría en poder recuperar la capacidad de legislar en la materia en caso de que se sobrepasara la habilitación (*ultra vires*) o cuando se trate de cuestiones especialmente delicadas desde el punto de vista político, o con importantes repercusiones financieras.

- Plazo de silencio: las disposiciones entrarían en vigor si, transcurrido un plazo determinado, el legislador no expresase objeciones.

- Cláusula de suspensión (*sunset clause*): las disposiciones del acto delegado tendrían una duración limitada; una vez pasado este plazo, el legislador debería renovar la habilitación.

En cualquier caso, el Tribunal de Justicia mantendría su competencia para pronunciarse sobre toda posible violación de las condiciones establecidas en la habilitación, *vid. ibídem*, p. 11.

diseminados a lo largo de todo el texto (la Parte III agrupaba la mayoría de las bases jurídicas).

El Proyecto recogía de forma más clara el principio de atribución de competencias a la Unión del párrafo primero del art. 5 TCE<sup>1315</sup>, configurándose como criterio de delimitación competencial (art. 9.1 PTC) y haciéndose expresa la típica cláusula federal de competencia residual o de principio a favor de los estados miembros (art. 9.2 PTC). De la misma forma, se clarificaban los principios de subsidiariedad (arts. 9.1 y 9.3 PTC), que mantenía su operatividad respecto de las competencias no exclusivas de la Unión<sup>1316</sup> e introducía un importante inciso relativo al nivel regional y local, y de proporcionalidad (arts. 9.1 y 9.4 PTC), mejorándose sus posibilidades de control con el sistema de alerta temprana que estudiaremos más adelante.

Por su parte, el art. 10.1 suponía un importante salto cualitativo, ya explicado en el Capítulo Segundo de este trabajo, al otorgar reconocimiento expreso al principio de primacía del Derecho de la Unión, lo que, aunque realidad fáctica desde décadas atrás, carecía de cobertura en los Tratados<sup>1317</sup>; además, se complementaría con lo dispuesto en el apartado segundo del mismo artículo, respecto de la vertiente activa del principio de cooperación leal por parte de los estados<sup>1318</sup>, que a su vez habría que interpretar conjuntamente con lo establecido en el art. 5.2 PTC.

No obstante, la principal innovación estaría en el art. 11 PTC: se categorizaban las competencias en función de su naturaleza, recogiendo su funcionamiento en cada una de las categorías, lo que suponía mejorar sustancialmente la transparencia del

<sup>1315</sup> Díez-Hochleitner consideraba que este precepto era más claro que el párrafo primero del art. 5 TCE que en ese momento recogía el principio de atribución (“la Comunidad actuará dentro de los límites de las competencias que le atribuye el presente Tratado y de los objetivos que éste le asigna”), pues éste podía dar a entender que el enunciado de objetivos en el Tratado de la Comunidad Europea era por sí mismo atributivo de competencias, *vid.* Díez-Hochleitner, Javier: “El sistema competencial...”, p. 215.

<sup>1316</sup> De hecho, en el seno de la propia Convención, algunos de sus miembros formularon iniciativas para incluir también a las competencias exclusivas de la Unión dentro del ámbito de acción del principio de subsidiariedad (*vid.* CONV 624/03) utilizando argumentos como el que la subsidiariedad debiera aplicarse al ámbito ejecutivo, incluso en los casos de competencia exclusiva de la Unión. No obstante, el Proyecto dejaba indefinido el papel del principio de subsidiariedad respecto de las competencias ejecutivas, *vid.* HINOJOSA MARTÍNEZ, Luis Miguel: *El reparto de...*, pp. 296-297.

<sup>1317</sup> El art. 10.1 PTC decía literalmente que “la Constitución y el Derecho adoptado por las instituciones de la Unión en el ejercicio de las competencias que le son atribuidas primarán sobre el Derecho de los Estados miembros”.

<sup>1318</sup> De conformidad con lo dispuesto en el art. 10.2 PTC, “los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la Constitución o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión”.

sistema competencial ya que, como hemos visto, la configuración actual era básicamente jurisprudencial. De esta forma se daba respuesta a la tradicional pretensión alemana de insertar listados de competencias en los Tratados de la Unión<sup>1319</sup>.

Así, el art. 11.1 PTC fijaba la noción de competencia exclusiva, que suponía que sólo la Unión podría legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes<sup>1320</sup>, concretando el art. 12, con un carácter limitativo, los ámbitos donde la Unión tendría esa competencia exclusiva:

“1. La Unión dispondrá de competencia exclusiva para establecer las normas sobre la competencia necesarias para el funcionamiento del mercado interior y en los ámbitos siguientes:

- la política monetaria de los Estados miembros que hayan adoptado el euro
- la política comercial común
- la unión aduanera
- la conservación de los recursos biológicos marinos dentro de la política pesquera común.

2. La Unión dispondrá de competencia exclusiva para la celebración de un acuerdo internacional cuando dicha celebración esté prevista en un acto legislativo de la Unión, sea necesaria para permitirle ejercer su competencia interna o afecte a un acto interno de la Unión”.

Debemos aclarar que la referencia a la libre circulación de personas, mercancías, servicios y capitales inicialmente prevista para este artículo (CONV 528/03), pasó a integrarse en el art. 4 relativo a las libertades fundamentales, concebidas como piezas capitales del sistema<sup>1321</sup>. Por otro lado, sorprende que el calificativo de exclusiva otorgado a la política comercial común no fuera matizado, puesto que, para sectores de

<sup>1319</sup> Se habían hecho propuestas en esta línea en la fase de elaboración del Tratado de Ámsterdam, como la del *Bundesrat* de 31 de marzo de 1995, o la del Grupo de Trabajo de la Fundación Bertelsmann.

<sup>1320</sup> Si bien los estados podrían intervenir por autorización de la Unión o para aplicar actos que ésta haya adoptado. Como ya hemos apuntado en relación con el debate que se produjo en el seno del Grupo de Trabajo V, algunos miembros de la Convención, en consonancia con la *Resolución del Parlamento Europeo* de 16 de mayo de 2002, abogaron infructuosamente por denominar las competencias exclusivas como competencias propias, *vid.* BORRELL, Josep - CARNERO, Carlos - LÓPEZ GARRIDO, Diego: *Construyendo...*, p. 66.

<sup>1321</sup> Conviene traer a colación las clasificaciones que en su momento establecieron los arts. 47 e 48 del proyecto Spinelli (mercado interior y libre circulación, así como la política de competencia), y la Comunicación de la Comisión al Parlamento y al Consejo *sobre el principio de subsidiariedad*, de 27 de octubre de 1992, en la que se mencionaban como ámbitos competenciales exclusivos de la Comunidad la política monetaria (cuando entrara en funcionamiento el euro), los ámbitos relacionados con la libre circulación de bienes, personas, servicios y capitales, la política comercial común, las reglas generales de la competencia, la organización común de los mercados agrícolas, la conservación de los bancos pesqueros y la regulación de su mercado, y los ámbitos esenciales de la política de transportes.

la doctrina, de lo reflejado en los arts. 133 TCE y III-217 PTC no podía inferirse una competencia exclusiva de la Unión para todos los ámbitos de esta política<sup>1322</sup>.

Además, el apartado segundo del art. 12, como decía Díez-Hochleitner, pecaba por defecto, al omitir que la competencia exterior fuera por definición exclusiva en todos aquellos ámbitos calificados por el art. 12.1 PTC como exclusivos; y por exceso, al considerar que la competencia para la celebración de un acuerdo internacional sería exclusiva cuando “afecte a un acto interno de la Unión”, reflejando de forma imprecisa y amplia el efecto *AETR*<sup>1323</sup>.

Por su parte, el art. 11.2 PTC definía las competencias compartidas, haciendo explícito el principio de preclusión o *preemption* hasta ahora desarrollado por el TJCE, por el que “los Estados miembros ejercerían su competencia en la medida en que la Unión no hubiere ejercido la suya o hubiere decidido dejar de ejercerla”. Es decir, se consagraba la posibilidad de convertir competencias compartidas en exclusivas con el paso del tiempo en los ámbitos previstos en el art. 13.2<sup>1324</sup>:

“2. Las competencias compartidas entre la Unión y los Estados miembros se aplicarán a los siguientes ámbitos principales:

- el mercado interior
- el espacio de libertad, seguridad y justicia
- la agricultura y la pesca, con excepción de la conservación de los recursos biológicos marinos
- el transporte y las redes transeuropeas<sup>1325</sup>
- la energía
- la política social, en lo relativo a los aspectos definidos en la Parte III
- la cohesión económica, social y territorial
- el medio ambiente
- la protección de los consumidores
- los aspectos comunes de seguridad en materia de salud pública”.

Resulta oportuno incidir en que los Tratados entonces vigentes no preveían un sistema de listas, pero sí contenían las bases jurídicas que, conforme a la interpretación del Tribunal de Justicia, sirvieron de fundamento a la Convención (con la excepción de

---

<sup>1322</sup> El art. 217 PTC parecía limitar la exclusividad a la celebración de acuerdos internacionales relativos al comercio de servicios y a los aspectos comerciales de la propiedad industrial, *vid.* DÍEZ-HOCHLEITNER, Javier: “El sistema competencial...”, p. 215.

<sup>1323</sup> *Vid. ibidem*, pp. 245-246.

<sup>1324</sup> Una clasificación con cierto paralelismo a ésta (salvando las distancias) ya había sido propuesta por el Parlamento Europeo en 1984, en los arts. 50, 51, 53 y 55 al 62, del proyecto Spinelli.

<sup>1325</sup> Consideradas por el Informe del Grupo V, medidas de apoyo, *vid.* Informe final del Grupo de Trabajo V (CONV 375/1/02), de 4 de noviembre de 2002, p. 9.

la energía) para incluir en este listado dichas materias<sup>1326</sup>. Además, frente a lo dispuesto para las exclusivas, no estaríamos en este ámbito ante un listado cerrado o limitado, inciso fundamental que remarca el propio art. 13.2 al disponer que estas competencias compartidas “se aplicarán a los siguientes ámbitos principales”, admitiendo el carácter abierto de la categoría<sup>1327</sup>.

Paralelamente, algunos de los ámbitos incluidos en el art. 13.2 planteaban ciertos problemas: respecto del mercado interior, se entenderían incluidas las cláusulas horizontales de los arts. 94 y 95 TCE (reproduciéndose de forma prácticamente literal en los arts. III-64 y III-65 PTC); el dudoso carácter compartido de la protección de los consumidores; o el *status* de la política agrícola y de transportes<sup>1328</sup>.

Finalmente, los apartados tercero y cuarto del art. 13, recogían las excepciones a la operatividad del principio de preclusión, por lo que en esos ámbitos (investigación, desarrollo tecnológico, espacio, cooperación para el desarrollo y ayuda humanitaria), la actuación de la Unión no desplazaría a la de los estados.

El art. 11.5 PTC establecía la tercera categorización competencial respecto de los ámbitos donde la Unión podría realizar acciones de apoyo, coordinación o complemento<sup>1329</sup>, que se enumeraban con un carácter limitativo en el art. 16.2:

<sup>1326</sup> *Vid.* agricultura (arts. 32-38 TCE), espacio de libertad, seguridad y justicia (arts. 29-42 del TUE y 61-69 TCE), transportes (arts. 70-80 TCE), seguridad en materia de salud pública (parcialmente en el art. 152 TCE), protección a los consumidores (art. 153 TCE), redes transeuropeas (arts. 154 y 155 TCE), cohesión económica y social (arts. 158-162 TCE), investigación y desarrollo tecnológico (arts. 163-173 TCE), medio ambiente (arts. 174-176 TCE) o cooperación para el desarrollo (arts. 177-181 TCE).

<sup>1327</sup> En este sentido, el art. 13.1 PTC apuntaba que “la Unión dispondrá de competencia compartida con los Estados miembros cuando la Constitución le atribuya una competencia que no corresponda a los ámbitos mencionados en los artículos 12 y 16”.

<sup>1328</sup> En ambos casos estaríamos ante políticas comunes en los que la actuación normativa de la Unión es muy intensa. Pero el plus del que gozaban parecía estar en retroceso, al ser definidas como compartidas (y no exclusivas) operando el principio de subsidiariedad, al menos teóricamente, como en el resto de supuestos, *vid.* DíEZ-HOCHLEITNER, Javier: “El sistema competencial...”, pp. 237-238 (*vid.* en general, pp. 234-239).

<sup>1329</sup> Del mismo modo que había sucedido con las exclusivas, la denominación de esta tipología competencial fue discutida, adoptándose la nueva nomenclatura en el Informe final del Grupo V (CONV 375/1/02), frente a la posición de un grupo de convencionales que proponían el término de complementarias, empleado en la denominación del propio Grupo V y que también utilizaba parte de la doctrina, *vid.* BORRELL, Josep - CARNERO, Carlos - LÓPEZ GARRIDO, Diego: *Construyendo...*, p. 66.

“2. Los ámbitos de la acción de apoyo, coordinación o complemento serán, en su finalidad europea:

- la industria
- la protección y mejora de la salud humana
- la educación, la formación profesional, la juventud y el deporte
- la cultura
- la protección civil”.

El empleo, que en un primer momento se incorporaba a este precepto (CONV 528/03), se incluiría finalmente en el art. 14. Además, respecto de estos ámbitos de apoyo se preveían dos disposiciones garantistas para los estados: la no sustitución de sus competencias en estos ámbitos (art. 11.5) y la exclusión de armonización legislativa o reglamentaria (art. 16.3)<sup>1330</sup>.

En un plano diferente, no debemos olvidarnos de dos ámbitos específicos explicitados en los arts. 11.3 y 11.4 PTC. Así, el art. 11.3 recogía una competencia general de coordinación de las políticas económicas y de empleo por parte de la Unión desarrollada en el art. 14, aunque por su relación con la política monetaria (que sería exclusiva de la Unión para los estados de la zona euro) se optó por incluirla en un artículo específico<sup>1331</sup>. Por su parte, el art. 11.4 PTC, conjuntamente con el art. 15, plasmaría la competencia de la Unión en la PESC, así como la definición progresiva de una política común de defensa que podría llevar a una defensa común, al tiempo que establecía un deber de lealtad comunitaria respecto de la PESC. Sin embargo, como tendremos ocasión de comentar más adelante, la capacidad de actuación de la Unión como tal en estos ámbitos seguiría siendo limitada, manteniéndose *de facto* la estructura actual del segundo pilar, aunque *de iure* no existiría<sup>1332</sup>, como han demostrado los conflictos bélicos de Irak o Afganistán.

Mención aparte merecería la cláusula de flexibilidad del art. 17, que reproducía el esquema del art. 308 TCE, si bien es oportuno hacer tres aclaraciones: el Proyecto

---

<sup>1330</sup> Garantías que, por otro lado, ya estarían presentes *ad casum* en los Tratados vigentes en ese momento: *vid.* arts. 149 y 150 (educación, formación profesional y juventud), 151 (cultura), 152 (salud pública) y 157 (industria) del Tratado de la Comunidad Europea.

<sup>1331</sup> Esta nueva subdivisión no favorecía la clarificación del sistema. Como acertadamente exponía Díez-Hochleitner refiriéndose a los art. 11.3 y 14, “carece de sentido -jurídico, que no político- consagrarle un artículo separado -el artículo 14-”, Díez-Hochleitner, Javier: “El sistema competencial...”, p. 241.

<sup>1332</sup> De hecho, el Proyecto de la Convención optó por no incluir a la PESC en ninguno de los tres grandes bloques competenciales, lo que, dada su indefinición, parecía una solución realista, *vid. ibidem*, p. 224.

suponía una mayor precisión que el TCE respecto de su ámbito y alcance<sup>1333</sup>; mantenía la unanimidad del Consejo de Ministros, pero mejoraba el limitado papel del Parlamento Europeo tal como había recomendado el Informe del Grupo de Trabajo V, pasando de un mero carácter consultivo a la necesidad de aprobación previa por esta institución, lo que reforzaba el control de lo que debía ser una vía excepcional<sup>1334</sup>; y se seguía manteniendo como cláusula unidireccional, es decir, por medio de este artículo no se podrían hacer renacionalizaciones de competencias<sup>1335</sup>.

Por lo que se refiere a los arts. 94 y 95 TCE, que establecían las denominadas cláusulas horizontales tan criticadas por ser consideradas expansivas, el texto final no introducía variaciones significativas, ni respecto de su utilización ni a los mecanismos de control, reproduciéndose de forma prácticamente literal en los arts. 64 y 65 de la Parte III del Proyecto de Tratado Constitucional. No obstante, ligado a este ámbito, se concebía una nueva base jurídica (art. 68 de la Parte III) sobre la creación de títulos europeos para garantizar una protección uniforme de los derechos de propiedad intelectual en toda la Unión.

Además de este cuadro general básico, emanado del Título III del texto de la Convención, el modelo competencial había de tener igualmente presente lo dispuesto en el Título V de la Parte I, relativo al ejercicio de las competencias de la Unión, donde se establecía una jerarquía normativa<sup>1336</sup> con el fin de clarificar, racionalizar y

<sup>1333</sup> Se circunscribía a las políticas definidas en la Parte III, respecto de cualquiera de los objetivos de la Constitución, prescindiendo de la controvertida fórmula “en el funcionamiento del mercado común”, *vid. ibidem*, pp. 219-220. La supresión del término “mercado común” había sido sugerida por la doctrina, proponiéndose como alternativas “mercado único”, *vid. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José: El sistema...*, p. 233, o “mercado interior”, *vid. DASHWOOD, Alan: “The Limits...”*, pp. 123-124.

<sup>1334</sup> Martín y Pérez de Nanclares hablaba de dos puntos esenciales que debían modificarse en este artículo: la participación del Parlamento Europeo (que sí se plasma en el art. 17 PTC), y la necesidad de abandonar la unanimidad (finalmente el texto de la Convención mantuvo la unanimidad, descartando vías alternativas que estaban presentes, por ejemplo, en el Proyecto Herman de 1994), *vid. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José: El sistema...*, p. 233. Dashwood, por su parte, planteaba la dicotomía por la que una de las formas de restringir y controlar este artículo fuera otorgando habilitaciones específicas a la Comunidad, a sabiendas de que era improbable de que aquéllos que recelaban del art. 308 prefirieran esta alternativa, *vid. DASHWOOD, Alan: “The Limits...”*, pp. 123-124.

<sup>1335</sup> Esta posibilidad de utilizar el art. 308 para renacionalizar competencias había sido contemplada, como expusimos en su momento, en la *Resolución sobre la delimitación de competencias entre la Unión Europea y los Estados miembros*, de 16 de mayo de 2002. No obstante el Informe del Grupo de Trabajo V la descartó, admitiendo únicamente la derogación de los actos jurídicos adoptados con base en el art. 308, si bien el texto final de la Convención tampoco contempló explícitamente esta propuesta.

<sup>1336</sup> La *Declaración n° 16* anexa al Tratado de Maastricht ya buscaba introducir la jerarquía normativa en el Derecho Comunitario: “la Conferencia conviene en que la Conferencia Intergubernamental que se convocará en 1996 estudie la medida en que sea posible revisar la clasificación de los actos comunitarios,



democratizar el sistema, con tres niveles relativos a la adopción de actos conforme a lo dispuesto por el Informe del Grupo de Trabajo IX, ya expuesto en el anterior apartado de este trabajo.

Así, en primer lugar, estarían los actos legislativos recogidos en el art. 33 PTC y, en una interpretación *contrario sensu* del art. 35, contendrían los elementos esenciales de un ámbito determinado. Serían las leyes europeas y las leyes marco europeas que, a su vez, se adoptarían conforme al procedimiento legislativo ordinario (antigua codecisión, prevista en el art. 33 de la Parte I y 302 de la Parte III), con la salvedad de los casos particulares sometidos a procedimientos legislativos especiales (art. 33.2).

Paralelamente, se creaba la figura de los actos delegados, que conforme al art. 35 PTC podrían completar o modificar los elementos no esenciales de la ley o ley marco. Estos dos últimos instrumentos fijarían la posibilidad o no de delegación, así como sus condiciones (derecho de revocación y de formular objeciones por el Parlamento Europeo y el Consejo de Ministros), objetivos, contenido, alcance y duración. El acto apropiado para desarrollar estos elementos no esenciales sería el reglamento delegado, quedando su elaboración en manos de la Comisión.

En tercer lugar, se mencionaban los actos de ejecución, recogidos en el art. 36 PTC, por medio de los que se ejecutarían los actos legislativos o los actos delegados. Cabe recordar que el apartado primero de este artículo mantenía la regla general de ejecución de la normativa comunitaria por parte de los estados ya prevista en el art. 10 TCE, salvo que se requirieran condiciones uniformes de ejecución que atribuirían competencias en este ámbito a la Comisión (apartado segundo) y excepcionalmente, al Consejo de Ministros (art. 39 respecto de la ejecución de la PESCE). Los actos ejecutivos serían el reglamento europeo de ejecución (distinto del anterior reglamento delegado) y la decisión europea de ejecución, previstos en el art. 36.4 PTC.

---

con vistas a establecer una adecuada jerarquía entre las distintas categorías de normas”. Sin embargo, la cita de Ámsterdam no avanzó en este sentido y sólo produjo la *Declaración n.º 39* relativa a la calidad de la redacción de la legislación comunitaria, con un objeto totalmente diferente. Ciertamente es que algunos autores como Díez-Picazo ya apreciaban en el sistema la jerarquía normativa, pero limitada a las relaciones entre el Derecho Comunitario primario y el derivado, y dentro de este último, entre los reglamentos de base y los de desarrollo (arts. 202 y 211 TCE) cuyo procedimiento fue fijado por la Decisión del Consejo 87/373 sobre la comitología, *vid.* DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Luis María: *Constitucionalismo...*, p. 184.

Finalmente, el art. 37 PTC preveía dos importantes cláusulas: en su apartado primero se disponía una vía residual por la que si el texto no reflejaba expresamente cuál era el tipo de acto ha adoptar, éste se determinaría en base al principio de proporcionalidad del art. 9; por su parte, el apartado segundo consagraba la obligación de motivación (importante también a efectos de subsidiariedad y transparencia) de las leyes, leyes marco, reglamentos y decisiones europeas, trasladando lo ya reflejado en el art. 253 TCE.

De esta forma, según lo expuesto por algunos de los miembros españoles de la Convención, ésta había logrado resolver positivamente las cuatro batallas que mencionábamos al inicio de este epígrafe: “apuesta por la no devolución de competencias, clarificando en todo caso su ejercicio; rechaza el catálogo rígido de competencias y se inclina por la continuidad de los mecanismos de flexibilidad que permiten adecuarlas al propio desarrollo de la Unión; no reduce las competencias existentes, aunque en algunas de ellas se registre un cierto estancamiento; y adopta [como veremos a continuación] una interpretación del principio de subsidiariedad que evita una lectura regresiva del mismo”<sup>1337</sup>. Por tanto, podemos concluir que el sistema competencial vertical de la Unión establecido por el Proyecto de Tratado Constitucional de la Convención sirvió para conseguir una mayor clarificación y transparencia con la categorización de las competencias. Ahora bien, el texto implicaba una clasificación de las competencias según su alcance o intensidad (categorización), no un catálogo conforme al sistema de listas previsto, por ejemplo en la Ley Fundamental de Bonn o la Constitución española, el cual había sido descartado a pesar de que algunos convencionales abogaran por su redacción<sup>1338</sup>. Además, el texto diseñado por la Convención recogía explícitamente importantes principios como la primacía, la preclusión o la jerarquización de actos de la Unión, estableciendo una novedosa correspondencia con la potestad empleada en cada caso.

<sup>1337</sup> BORRELL, Josep - CARNERO, Carlos - LÓPEZ GARRIDO, Diego: *Construyendo...*, p. 64.

<sup>1338</sup> *Vid.* Contribución de Elmar Brok “Las competencias de la Unión Europea” (CONV 541/03). La mayoría de los miembros de la Convención y, sobre todo, los gobiernos, rechazaron esta posibilidad, como muestran las manifestaciones de la entonces Ministra de Exteriores española considerando que “España no aceptaría que, por vía indirecta, se estableciese en la práctica un sistema de listas de competencias”, PALACIO, Ana: “La Convención...”, p. 50. Y ello porque intentar solucionar los problemas que pudieran existir en la delimitación competencial con un catálogo sería peor que la “enfermedad”, *vid.* CHARPENTIER, Jean: “La repartition...”, p. 70; dicho catálogo tendría también inconvenientes: daría rigidez al sistema que no necesariamente sería más claro y podría poner en peligro el acervo comunitario, por no hablar de la dificultad de elaborar en la práctica dichos listados, *vid.* MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José: *El sistema...*, pp. 228-232.

Sin embargo, este modelo competencial no aportaba prácticamente nada que no hubiera sido ya recogido por el TJCE ni alteraba los ámbitos incluidos dentro de cada categoría (salvo pequeñas variaciones, como la energía), al tiempo que mantenía unas disposiciones horizontales de vocación muy expansiva, así como la cláusula de flexibilidad. Paralelamente, respecto de las bases jurídicas, el Proyecto resultaba decepcionante, ya que “se limita básicamente a agrupar en su Parte III las disposiciones que, en relación con las distintas políticas comunitarias, figuran en el TCE, así como las disposiciones del TUE en materia de PESC y de CPJMP (Cooperación Policial y Judicial en Materia Penal)”<sup>1339</sup>. Con todo, la visión era positiva, ya que en último caso consideramos preferible un sistema competencial para la Unión flexible, dinámico y más transparente, al especialmente rígido de catálogo cerrado de ámbitos materiales o al de mera configuración jurisprudencial sin reflejo en el texto de los Tratados, como ocurría en el modelo entonces vigente.

#### B. Mecanismos de fortalecimiento de la subsidiariedad

La Convención Europea, cuyos trabajos se realizaron, como hemos visto en el Capítulo Segundo, entre los años 2002 y 2003, tenía como una de sus tareas principales reforzar el principio de subsidiariedad.

En este sentido, la *Declaración n° 23* anexa al Tratado de Niza se hacía eco de la necesidad de estudiar “la forma de establecer y supervisar una delimitación más precisa de las competencias entre la Unión Europea y los Estados miembros, que respete el principio de subsidiariedad”<sup>1340</sup>, mientras que la *Declaración de Laeken*, bajo el epígrafe de *Los retos y reformas de una Unión renovada*, fijaba como una de las prioridades de la agenda europea “un mejor reparto y definición de competencias”<sup>1341</sup>.

Por ello, dentro de la dinámica de trabajo de la Convención, se optó prácticamente desde el inicio por constituir un Grupo de Trabajo monográfico sobre la subsidiariedad, que además sería el primero, lo que demostraría nuevamente su importancia.

<sup>1339</sup> DÍEZ-HOCHLEITNER, Javier: “El sistema competencial...”, p. 261.

<sup>1340</sup> *Declaración n° 23* anexa al Tratado de Niza firmado solemnemente el 26 de febrero de 2001.

<sup>1341</sup> *Consejo Europeo*, Laeken-Bruselas, 14-15 de diciembre de 2001.

De esta manera, el Grupo I comenzó sus actividades aprobando un mandato<sup>1342</sup> para facilitar los debates en su seno, que básicamente girarían entorno a tres ejes: “¿Cómo garantizar de la manera más eficaz el control del respeto del principio de subsidiariedad?, ¿Debe crearse un mecanismo o un procedimiento de control? y si ¿La naturaleza de este procedimiento debe ser política, judicial, o política y judicial?”<sup>1343</sup>, habida cuenta que “hay quienes opinan que la introducción del principio de subsidiariedad en el Tratado y la adopción del Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad no han dado los resultados esperados y que a menudo las consideraciones políticas o de urgencia han pesado más que el respeto del principio de subsidiariedad”<sup>1344</sup>.

Por tanto, y de conformidad con el mandato del Grupo, su trabajo se orientó en dos direcciones complementarias: por un lado, la aplicación del principio de subsidiariedad, lo que suponía examinar si los criterios establecidos en el entonces vigente *Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad* eran suficientes, deberían detallarse más o deberían añadirse otros nuevos<sup>1345</sup>; por el otro, se deberían estudiar mecanismos de control más eficaces en la aplicación del referido principio de subsidiariedad, tanto desde el punto de vista político como judicial.

Así, desde el punto de vista del control político, el mandato del Grupo se centraba en “cómo hacer que las instituciones comunitarias que participan en el proceso legislativo hagan gala de la disciplina necesaria para aplicar más eficazmente el principio de subsidiariedad”<sup>1346</sup>. En este sentido, y de forma abierta, se recogían distintas posibilidades para ser examinadas por sus miembros: la creación de la figura del Defensor de la Subsidiariedad que verifique el respeto del principio de subsidiariedad en las propuestas de actos legislativos y emita oportunamente un dictamen interno; la inclusión de una ficha de subsidiariedad en toda propuesta de acto legislativo; el refuerzo del papel de los Parlamentos Nacionales a través de su participación en el proceso legislativo o mejorando sus formas de control sobre la

<sup>1342</sup> Vid. Mandato del Grupo de Trabajo sobre el principio de subsidiariedad, (CONV 71/02), 30 de mayo de 2002.

<sup>1343</sup> *Ibidem*, p. 2.

<sup>1344</sup> *Ibidem*, p. 3.

<sup>1345</sup> Vid. *ibidem*.

<sup>1346</sup> *Ibidem*, p. 4.

posición de su respectivo gobierno en el Consejo, así como reforzando la COSAC; o la hipotética creación de un nuevo órgano *ad hoc* encargado de controlar la aplicación del principio de subsidiariedad, y con ello sus competencias y composición<sup>1347</sup>.

Desde el punto de vista del control judicial, el mandato del Grupo constataba en primer lugar que “habida cuenta de que el principio de subsidiariedad es un principio de carácter esencialmente político y del margen importante de discrecionalidad de que dispone el legislador en la aplicación de dicho principio, el Tribunal de Justicia, cuando conoce de cuestiones relativas a su vulneración, se limita básicamente a constatar la existencia de motivación en relación con el principio de subsidiariedad”<sup>1348</sup>. En este contexto, se analizarían distintas posibilidades: la creación de una sala específica sobre la subsidiariedad en el seno del Tribunal de Justicia o el establecimiento de mecanismos de cooperación entre éste y los tribunales constitucionales de los estados miembros; el incremento del control judicial a los actos adoptados en el marco de la Política Exterior y de Seguridad Común y de la Cooperación Policial y Judicial en Materia Penal; o la ampliación de la capacidad para interponer ante el Tribunal de Justicia un recurso de anulación por violación de los principios de subsidiariedad y de delimitación de competencias, pudiendo extenderse a los Parlamentos Nacionales, al Comité de las Regiones o a las regiones con competencias legislativas dentro del modelo territorial interno de cada Estado<sup>1349</sup>.

Por consiguiente, a continuación abordaremos las respuestas dadas a estas posibilidades en el seno de la Convención, puesto que, como decía el propio mandato del Grupo I “la solución que se dé a la cuestión de la aplicación y el control del principio de subsidiariedad será clave para garantizar un mejor reparto y definición de las competencias conforme a las declaraciones de Niza y de Laeken sobre el futuro de la Unión Europea”<sup>1350</sup>.

---

<sup>1347</sup> Vid. *ibidem*, pp. 4-5.

<sup>1348</sup> *Ibidem*, p. 5.

<sup>1349</sup> Vid. *ibidem*, pp. 5-6.

<sup>1350</sup> *Ibidem*, p. 6.

## 1. Informe del Grupo de Trabajo I

En cumplimiento del mandato que se le había conferido (CONV 71/02), el Grupo de Trabajo sobre el principio de subsidiariedad dedicó varias reuniones al estudio de dicho principio, incluyendo diversas audiciones de expertos en la materia<sup>1351</sup> y una reunión conjunta con el Grupo IV “Parlamentos Nacionales”, que desembocaron en la presentación de su Informe final el 23 de septiembre de 2002 (CONV 286/02).

Este Informe se dividía en tres partes: una primera, sobre orientaciones y principios relativos a la subsidiariedad en las que existiría consenso; una segunda, sobre propuestas encaminadas a mejorar la aplicación y el control de dicho principio; y una tercera, sobre medidas de carácter general que podían facilitar la aplicación y el control de la subsidiariedad, pero que el propio Informe consideraba que excedían el mandato del Grupo de Trabajo. En todo caso, desde el primer momento funcionaron en el seno del Grupo I, respecto a la concreción de dichos principios y medidas, lo que se conocían como “reglas de oro” que debían regir su trabajo: no crear nuevas instituciones, no alargar el procedimiento legislativo, ni bloquearlo<sup>1352</sup>.

En relación con los principios y orientaciones, primera parte del Informe del Grupo I, se estimaba que existía margen de mejora tanto en la aplicación como en el control de la subsidiariedad, lo que se podría hacer tanto a través de la reforma de los Tratados como del Protocolo, aunque sin interferir en la arquitectura institucional interna de cada Estado, subrayando que el control de este principio debía ser esencialmente político (dado que la subsidiariedad tiene carácter político) y antes de la entrada en vigor del acto en cuestión. Dicho control político debería sustentarse en un mayor papel de los Parlamentos Nacionales en relación con sus respectivos gobiernos, en cuanto a la determinación de la posición de estos últimos sobre las cuestiones comunitarias, lo que podría hacerse a través de un mecanismo *ad hoc*. *A sensu contrario*, el Grupo consideraba que con posterioridad a la entrada en vigor del acto

---

<sup>1351</sup> *Vid.* Informe final del Grupo de Trabajo I, Anexo I (CONV 286/02), de 23 de septiembre de 2002.

<sup>1352</sup> Reglas propuestas por Iñigo Méndez de Vigo, a la sazón Presidente del Grupo de Trabajo “Subsidiariedad”, *vid.* CONV 331/02, de 11 de octubre de 2002.

normativo, el control debería ser jurisdiccional, para lo cual recomendaba ampliar las condiciones en las que se podría recurrir al Tribunal de Justicia<sup>1353</sup>.

La segunda parte del Informe, probablemente la más importante, agrupaba las propuestas encaminadas a mejorar la aplicación y control del principio de subsidiariedad, sobre la base de los principios y orientaciones anteriormente expuestos. En este sentido, se distinguían tres grandes ejes:

a) Reforzar la consideración y aplicación del principio de subsidiariedad por parte de las instituciones que participan en el proceso legislativo durante la fase de elaboración de la propuesta del acto legislativo. Por ello, en el Informe se disponía que “cualquier propuesta legislativa debería conllevar una ficha de subsidiariedad que contenga elementos circunstanciados que permitan apreciar el respeto del principio de subsidiariedad. Esta ficha debería contener elementos de apreciación de sus repercusiones en el plano financiero y, cuando se trate de una directiva, en la reglamentación que deberán poner en práctica los estados miembros (a escala nacional u otras)”<sup>1354</sup>, lo que implicaba modificar el *Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad* adoptado en Ámsterdam.

Además, el Informe proponía que el programa legislativo anual de la Comisión se debatiese en el Parlamento Europeo y en los Parlamentos Nacionales. Por el contrario, se rechazó la propuesta de crear un Vicepresidente de la Comisión encargado de velar exclusivamente por el respeto del principio de subsidiariedad, ya que pese a sus ventajas (reforzar la subsidiariedad en el ámbito de la Comisión y que los Parlamentos Nacionales dispusiesen de un único interlocutor), la mayoría de los miembros del Grupo consideró que el respeto de este principio era responsabilidad de cada Comisario en su ámbito de competencias y que la organización interna de la Comisión debería corresponder a la susodicha institución<sup>1355</sup>.

---

<sup>1353</sup> Vid. Informe final del Grupo de Trabajo I (CONV 286/02), de 23 de septiembre de 2002, pp. 2-3.

<sup>1354</sup> *Ibidem*, p. 4.

<sup>1355</sup> Vid. *ibidem*, p. 5.

b) Instaurar un mecanismo “de alerta rápida” que permitiese la participación directa de los Parlamentos Nacionales en el control del respeto del principio de subsidiariedad, cuestión sobre la que volveremos en el apartado siguiente.

c) Ampliar el derecho de recurrir al Tribunal de Justicia sobre la base del incumplimiento del principio de subsidiariedad. En este sentido, se proponía que se permitiera a un Parlamento Nacional (o a una cámara de éste, en el caso de un Parlamento bicameral) recurrir al Tribunal de Justicia por violación del principio de subsidiariedad, en el caso de que hubiera emitido un dictamen motivado en el marco del sistema de alerta temprana. Paralelamente, se proponía otorgar también el derecho de recurso al Tribunal de Justicia por violación del principio de subsidiariedad al Comité de las Regiones, respecto a aquellos ámbitos en los que le correspondía emitir dictamen preceptivo y éste incluye objeciones en cuanto al respeto de la subsidiariedad<sup>1356</sup>. Además, el Informe no se mostraba favorable a la posibilidad de constituir en el Tribunal de Justicia una cámara *ad hoc* encargada de la subsidiariedad, al considerar que se trataba de una cuestión relativa a la organización interna que compete al propio Tribunal, y rechaza igualmente la posibilidad de crear un instrumento jurisdiccional previo a la entrada en vigor del acto en cuestión, ya que significaría poner en marcha un control jurisdiccional en la fase legislativa que no casaría con el carácter eminentemente político del principio de subsidiariedad<sup>1357</sup>.

Finalmente, en la esquemática tercera parte del Informe se recogían una serie de propuestas que, como reconocía el propio Grupo, sobrepasaban su mandato, pero incidirían en una mejor aplicación del principio: un mejor y más claro sistema de delimitación de competencias, una diferenciación entre los actos de carácter legislativo y los actos ejecutivos, así como una mayor rapidez por parte del Tribunal de Justicia a la hora de resolver las cuestiones relativas a la delimitación de competencias y al principio de subsidiariedad<sup>1358</sup>.

<sup>1356</sup> Sin embargo, este informe rechazaba la legitimación de las regiones con poderes legislativos ante el Tribunal de Justicia, al considerar que “la mayor parte de los miembros del Grupo considera que el grado y la forma de participación de las entidades regionales y locales en el trabajo de elaboración de la legislación comunitaria se determinan únicamente dentro del marco nacional. [...] el mecanismo propuesto en el presente documento no impide, en su caso, que se consulte en el marco nacional a las asambleas regionales o locales. Cualquier otro planteamiento podría, por lo demás, afectar al equilibrio establecido a escala europea entre los Estados miembros”, *vid. ibidem*, p. 10.

<sup>1357</sup> *Vid. ibidem*, pp. 8-9.

<sup>1358</sup> *Vid. ibidem*, p. 10.



## 2. La creación de un nuevo mecanismo: el sistema de alerta temprana

Como avanzábamos en el anterior apartado, el Informe del Grupo de Trabajo I preveía un mecanismo novedoso que sirviera para reforzar el control del principio de subsidiariedad, respetando al mismo tiempo la máxima de funcionamiento del Grupo de no crear nuevas instituciones ni adoptar instrumentos que supusieran alargar o bloquear el proceso legislativo<sup>1359</sup>.

Siguiendo lo dispuesto en el Informe del Grupo I (CONV 286/02), la configuración de este mecanismo de alerta rápida o temprana (*early warning system*), primera vez en la historia de la construcción europea donde se asociaba a los Parlamentos Nacionales al proceso legislativo europeo, sería la siguiente<sup>1360</sup>:

a) En primer lugar, la Comisión enviaría directamente a cada Parlamento Nacional (donde hubiera más de una cámara, lo hará a cada una de ellas), al mismo tiempo que al legislador comunitario (Consejo y Parlamento), las propuestas de carácter legislativo que elabore. La transmisión de la propuesta sería, por lo tanto directa, no como se preveía hasta entonces, a través de los gobiernos respectivos.

b) Posteriormente, y dentro de un plazo de seis semanas a partir de la fecha de transmisión, y antes de que se inicie el procedimiento legislativo propiamente dicho, los Parlamentos Nacionales podrían emitir un dictamen motivado sobre el respeto del principio de subsidiariedad en relación con la propuesta de que se trate. Dicho dictamen debería ser la expresión de una mayoría y vincular a la totalidad del Parlamento de que se trate, con arreglo a las modalidades que éste determine, enviándose a los Presidentes del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión. Además, dicho dictamen debería referirse exclusivamente a la cuestión del respeto de la subsidiariedad y no al

---

<sup>1359</sup> En esta línea, el propio Informe del Grupo I manifestaba que “al evitar la creación de un nuevo órgano, tiene en cuenta las advertencias formuladas por el Grupo contra el riesgo de complicar la arquitectura institucional y el procedimiento legislativo o de desarrollar una burocracia más pesada”, *ibidem*, p. 6. Esta posición de diseñar un nuevo instrumento pero sin crear un órgano *ad hoc* que se encargara exclusivamente del control de la aplicación del principio de subsidiariedad, fue la que finalmente obtuvo un amplio consenso, pese a que inicialmente parte de los integrantes del Grupo I defendían la creación de un órgano monográfico a estos efectos, *vid. ibidem*, p. 7.

<sup>1360</sup> *Vid. ibidem*, pp. 5-7. En los medios comunitarios, este sistema de alerta temprana es conocido como la “fórmula Méndez de Vigo” pues correspondía al entonces miembro del Parlamento Europeo (actual Secretario de Estado para la Unión Europea), que era el Presidente del Grupo de Trabajo sobre la Subsidiariedad, la paternidad de la idea.

propio contenido de la propuesta, pudiendo ser de carácter general o versar únicamente sobre una disposición específica de la propuesta examinada.

c) Las consecuencias de dicho dictamen podrían ser de dos tipos: si el legislador comunitario recibía únicamente una cantidad limitada de dictámenes, habría de motivar con mayor detalle y de manera concreta el acto respecto de la subsidiariedad; si además el número de dictámenes alcanzaba un tercio de los Parlamentos Nacionales, la Comisión tendría que revisar su propuesta. Efectuada esta revisión podría optar por mantenerla, por modificarla o por retirarla, pero sin tener obligación de retirar o modificar la propuesta, en base a la máxima ya expuesta de no alargar ni bloquear el proceso legislativo.

Finalmente, y a propuesta de varios miembros del Grupo de Trabajo, el Informe recogía la posibilidad de repetir este mismo procedimiento de alerta rápida en cuanto se convocara el Comité de Conciliación previsto en el art. 251 TCE y donde los Parlamentos Nacionales tendrían un canal de participación idéntico al descrito (con la posibilidad de emitir dictámenes) en el marco de ese proceso negociador entre el Parlamento Europeo y el Consejo.

### 3. Proyecto de un nuevo Protocolo

Sobre la base del Informe del Grupo de Trabajo I (CONV 286/02) de 23 de septiembre de 2002, y las conclusiones derivadas del debate sobre el citado Informe en la sesión plenaria de 3 y 4 de octubre de 2002 (CONV 331/02)<sup>1361</sup>, el *Praesidium* presentó el proyecto de un nuevo *Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad* (CONV 579/03) el 27 de febrero de 2003<sup>1362</sup>.

<sup>1361</sup> Esta sesión plenaria monográfica sobre la subsidiariedad constató el amplio consenso que entre los miembros de la Convención tenía el Informe presentado por el Grupo de Trabajo I. No obstante, dentro de este marco de acuerdo general, se detectaron una serie de cuestiones que debían ser objeto de un examen complementario: si el derecho de alerta rápida se había de conferir al Parlamento como tal o a alguna de sus dos cámaras en el caso de los estados bicamerales; la fijación del umbral de Parlamentos Nacionales requerido para poner en marcha un nuevo examen de su propuesta por parte de la Comisión; y la necesidad de establecer un vínculo entre la puesta en marcha del mecanismo de alerta rápida y el derecho de recurrir al Tribunal (*vid.* CONV 331/02).

<sup>1362</sup> La Convención decidió mantener la regulación relativa a la aplicación del principio de subsidiariedad en un Protocolo anexo, pero no en el propio Tratado, como sugerían autores como Tosato; *vid.* TOSATO, Gian Luigi en “The Vertical Distribution of competences in the EU Draft Constitutional Text”, *The International Spectator*, vol. XXXVIII, nº 2, (2003), pp. 52-53. Esta posibilidad no carecería de sentido a

Este Proyecto de Protocolo contaba con nueve apartados, de los cuales varios trasladaban disposiciones ya establecidas en el Protocolo aprobado en Ámsterdam: el apartado 1, sobre la garantía por parte de las instituciones del cumplimiento de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad; o el apartado 9, que establecía que la Comisión había de presentar al Consejo Europeo, al Parlamento Europeo y al Consejo un informe anual sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, que debería remitirse al Comité de las Regiones y al Comité Económico y Social.

Paralelamente, se podían encontrar otros apartados que, de alguna manera, perfeccionaban mecanismos ya creados en Ámsterdam, introduciendo mayores garantías: el apartado 2 disponía explícitamente que las consultas que la Comisión tenía que realizar antes de proponer un acto legislativo debían tener en cuenta, cuando procediese, la dimensión regional y local; y el apartado 4 disponía la obligación de incluir una ficha explicativa donde se motivase la propuesta normativa en relación con el principio de subsidiariedad, desarrollando el principio general establecido en el apartado 9 del Protocolo anexo al Tratado de Ámsterdam.

Finalmente estarían los apartados realmente novedosos: la remisión directa a los Parlamentos Nacionales, sin pasar por los gobiernos, de las propuestas normativas de la Comisión, así como de las resoluciones legislativas del Parlamento Europeo y de las posiciones comunes del Consejo (apartado 3); y, sobre todo, la regulación del nuevo mecanismo del *early warning system* (apartados 5-8 del Proyecto de Protocolo) que, aunque era objeto de amplio consenso por parte de los miembros de la Convención, mantenía aspectos que todavía necesitaban concretarse. En este sentido, el Proyecto de Protocolo disponía:

- En relación con la posibilidad de activar el mecanismo de alerta rápida, se otorgaba a cada Parlamento Nacional, correspondiendo a éste organizar el procedimiento interno de consulta de cada una de las cámaras en el caso de Parlamentos bicamerales o, en su caso, de los

---

la luz de la importancia que, al menos teóricamente, se quería dar al principio de subsidiariedad; no obstante, los objetivos de claridad y simplificación derivados de Niza y Laeken no casarían con un texto en el que se detallasen los mecanismos de consulta y control previstos en el Protocolo, *vid.* HINOJOSA MARTÍNEZ, Luis Miguel: *El reparto de...*, pp. 178-179.

Parlamentos de las regiones con competencias legislativas, como sería el caso de España (apartado 5 del Proyecto).

- Respecto al umbral que suponía que la Comisión tuviera que volver a estudiar su propuesta, se fijaba, tal como había dispuesto el Informe del Grupo I, en un tercio de los Parlamentos Nacionales (apartado 6 del Proyecto).
- En relación con el Tribunal de Justicia, éste tendría competencia para conocer de recursos por violación del principio de subsidiariedad interpuestos por los estados miembros, a instancia, si procede, de sus Parlamentos Nacionales o de sus Parlamentos regionales con competencia legislativa. Además, el Comité de las Regiones también dispondría de la misma facultad respecto de los actos legislativos en relación con los cuales se le consultó (apartado 8 del Proyecto).

El Proyecto de Protocolo optaba también por mantener la propuesta realizada en el Informe del Grupo I conforme a la que en la fase inmediatamente anterior a la celebración del Comité de Conciliación (y desde su convocatoria) se abría nuevamente la posibilidad de activar el mecanismo de alerta rápida (apartado 7).

No obstante, este Proyecto de Protocolo elaborado por el *Praesidium* fue objeto, prácticamente desde su presentación, de diversas observaciones o propuestas de enmiendas, recogidas analíticamente en el documento *Reacciones al Proyecto de Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad* (CONV 610/03) de 12 de marzo de 2003, donde después de reiterar que “globalmente, el Protocolo sobre la subsidiariedad fue bien acogido por los convencionales”<sup>1363</sup>, se agrupaban en torno a seis temas:

---

<sup>1363</sup> *Reacciones al Proyecto de Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad* (CONV 610/03) de 12 de marzo de 2003, p. 2. Este documento continuaba diciendo que “raras son las críticas radicales del proyecto elaborado por el *Praesidium*. Un gran número de convencionales, de hecho, no juzgaron necesario proponer enmiendas ni formular observaciones sobre el proyecto del Protocolo”, *ibidem*.

a) En lo referido al concepto de Parlamento Nacional: diversos miembros de la Convención se pronunciaron en el sentido de permitir que cada una de las dos cámaras de los estados con sistema bicameral pudiera activar directamente el mecanismo de alerta temprana, para lo cual propusieron una solución consistente en atribuir dos votos para los Parlamentos monocamerales y un voto para cada una de las cámaras de los estados bicamerales, de modo que no existiese desigualdad entre estados con una o dos cámaras.

b) En relación con el umbral de un tercio existían dos propuestas divergentes: por un lado, un gran número de convencionales pedía elevarlo a dos tercios, mientras que por el otro, diferentes miembros de la Convención sugerían la introducción de un segundo umbral de dos tercios que, si se superase, tendría importantes consecuencias en cuanto a la continuación del procedimiento legislativo.

c) Respecto a la posibilidad de reactivar el sistema de alerta temprana en el ámbito del Comité de Conciliación, dicha posibilidad fue rechazada por un gran número de miembros de la Convención, sobre la base de que el plazo entre la convocatoria del Comité y la reunión era muy breve.

d) En relación con la posibilidad de que las regiones con competencias legislativas tuvieran opción de intervenir ante el Tribunal de Luxemburgo en caso de violación del principio de subsidiariedad, dicho criterio contaba con el respaldo de numerosos miembros de la Convención.

e) En lo relativo al el Comité de las Regiones, al que se le confería la posibilidad de interponer un recurso por violación de la subsidiariedad respecto de aquellos ámbitos en que debía ser consultado, los observadores asistentes a la Convención en cuanto miembros del Comité de las Regiones apostaban por ampliar las competencias de este órgano en cuanto a control de la subsidiariedad y que se equiparasen a las de los Parlamentos Nacionales a través de su participación en el sistema de alerta temprana<sup>1364</sup>.

---

<sup>1364</sup> Aunque muy minoritarias, también se registraron enmiendas que cuestionaban el papel del Comité de las Regiones en este proceso.

f) Finalmente, numerosos miembros de la Convención sugirieron que, en pie de igualdad con el Parlamento Europeo y el Consejo, los Parlamentos Nacionales fuesen destinatarios del informe anual redactado por la Comisión sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

En este sentido, el Proyecto final de la Convención presentado al Consejo Europeo el 18 de julio de 2003 (CONV 850/03) se hacía eco de alguna de estas observaciones, de forma que en el *Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad* que se anexaba, ya se disponía que los Parlamentos unicamerales dispusieran de dos votos y los bicamerales de un voto para cada cámara (apartado 6), se establecía que el informe de la Comisión sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad se presentara también a los Parlamentos Nacionales (apartado 8) y desaparecía la posibilidad de reactivar el sistema de alerta temprana en la esfera del Comité de Conciliación. Por el contrario, se mantenían los criterios adoptados en el Proyecto de Protocolo (CONV 579/03) sobre el umbral de Parlamentos Nacionales, el rechazo a la posibilidad de que las regiones con competencias legislativas pudieran acudir al Tribunal de Justicia por incumplimiento del principio de subsidiariedad, o la negativa a otorgar un mayor papel al Comité de las Regiones más allá de la opción de interponer un recurso por violación de este principio en actos donde debía ser consultado. Soluciones que, como ya anticipamos, serían avaladas por el Tratado Constitucional y el Tratado de Lisboa, aunque éste, como tendremos ocasión de examinar, haría un cambio sustantivo en el modelo al configurar un segundo umbral que podría llegar a paralizar la aprobación del acto legislativo.

## VI. EL SISTEMA COMPETENCIAL ESTABLECIDO EN EL TRATADO CONSTITUCIONAL

Una vez examinadas las aportaciones al sistema competencial llevadas a cabo por la Convención Europea, procede analizar ahora la concreción de las mismas en el Tratado Constitucional resultante de las modificaciones introducidas por la Conferencia Intergubernamental al Proyecto diseñado por la Convención. Tratado Constitucional que, como hemos visto en el Capítulo Segundo, sería aprobado por todos los estados miembros de la Unión, por lo que tendría una naturaleza y consideración diferente a otros proyectos anteriores, si bien se frustraría en el proceso de ratificación.

Podemos adelantar que, a diferencia de otros ámbitos mucho más polémicos (por ejemplo, el institucional), el modelo competencial elaborado por la Convención se mantuvo sin grandes variaciones, y las que se introdujeron tendrían un carácter fundamentalmente técnico sin afectar a la sustancia del sistema. De esta forma, abordaremos el marco de categorización de las competencias y nos detendremos especialmente en el análisis del principio de subsidiariedad y las mejoras que en su control introducía el Tratado Constitucional (siguiendo también la propuesta de la Convención); además, tendremos en cuenta el papel del principio de proporcionalidad y del principio de primacía del Derecho de la Unión, aunque en este caso, a diferencia de la Convención, fuera del Título relativo a las competencias.

#### A. La categorización de competencias

La regulación básica del modelo competencial y, en especial, su categorización, se establecía en el Título III de la Parte I del Tratado Constitucional (arts. I-11 a I-18). Disposiciones que, al igual que sucedía con el texto adoptado por la Convención, habría que complementar con lo dispuesto en el Título V de la misma Parte I, con los ámbitos concretos establecidos por la Parte III (que a nuestros efectos no interesan tanto como los criterios de delimitación en sí) sobre la base del art. III-115 TC<sup>1365</sup>, y con los Protocolos anexos (fundamentalmente el relativo a la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad). En todo caso, conviene apuntar con carácter preliminar que el modelo de distribución vertical de competencias establecido por el Tratado Constitucional coincidía, salvo pequeñas variaciones, con el anteriormente analizado de la Convención Europea; por ello, gran parte de las observaciones que hicimos al modelo competencial de la Convención seguirían siendo válidas ahora, de modo que evitaremos (aunque no siempre será posible) su reiteración.

De esta forma, el Tratado Constitucional clarificaba el principio de atribución de competencias de la Unión, haciendo expresa la cláusula de competencia residual a favor de los estados miembros<sup>1366</sup>. Dicho principio se configuraba como criterio de

<sup>1365</sup> Artículo aplicable a las políticas y el funcionamiento de la Unión, por el que se disponía que “la Unión velará por la coherencia entre las diferentes políticas y acciones contempladas en la presente Parte, teniendo en cuenta el conjunto de sus objetivos y observando el principio de atribución de competencias”.

<sup>1366</sup> El art. I-11.2 TC reflejaba que “en virtud del principio de atribución, la Unión actúa dentro de los límites de las competencias que le atribuyen los Estados miembros en la Constitución para lograr los

delimitación competencial, mientras que la subsidiariedad y proporcionalidad seguían refiriéndose únicamente al ejercicio de las competencias (I-11.1 TC).

Del mismo modo, los principios de subsidiariedad, en el que se mantenía el inciso relativo al nivel regional y local introducido por la Convención, y proporcionalidad (arts. I-11.3 y I-11.4 TC) eran clarificados y se mejoraban sus posibilidades de control con el sistema de alerta temprana. Por tanto, el principio de subsidiariedad continuaba como regla de ejercicio competencial de las competencias compartidas y de las acciones de apoyo, con lo que seguía sin aplicarse a los ámbitos de competencia exclusiva de la Unión.

En lo que respecta a la categorización general de las competencias en función de su alcance o intensidad, el art. I-12 TC distinguía entre exclusivas, compartidas, y acciones de apoyo, coordinación o complemento. Además, este precepto concretaba el funcionamiento de cada una de las categorías, hasta entonces básicamente jurisprudencial.

El art. I-12.1 TC fijaba la noción de competencia exclusiva, que suponía que sólo la Unión podría legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes, si bien los estados tendrían la posibilidad de intervenir por autorización de la Unión o para aplicar actos que ésta hubiese adoptado. Los ámbitos donde la Unión tendría esa competencia exclusiva se concretaban en el art. I-13 TC, manteniendo el carácter limitativo previsto por la Convención:

- “1. La Unión dispondrá de competencia exclusiva en los ámbitos siguientes:
- a) la unión aduanera;
  - b) el establecimiento de las normas sobre competencia necesarias para el funcionamiento del mercado interior;
  - c) la política monetaria de los Estados miembros cuya moneda es el euro;
  - d) la conservación de los recursos biológicos marinos dentro de la política pesquera común;
  - e) la política comercial común.
2. La Unión dispondrá también de competencia exclusiva para la celebración de un acuerdo internacional cuando dicha celebración esté prevista en un acto legislativo de la Unión, cuando sea necesaria para permitirle ejercer su competencia interna o en la medida en que pueda afectar a normas comunes o alterar el carácter de las mismas”.

---

objetivos que ésta determina. Toda competencia no atribuida a la Unión en la Constitución corresponde a los Estados miembros”.



Por su parte, el art. I-12.2 TC, relativo a las competencias compartidas, hacía explícito el principio de preclusión o *preemption* al que nos hemos referido con anterioridad, consagrando la posibilidad de convertir, por la vía de los hechos, competencias compartidas en exclusivas. La definición de este tipo competencial se haría en el art. I-14.1 TC: la Unión dispondría de ante una competencia compartida cuando no pertenezca a las previstas en los arts. I-13 (exclusivas) y I-17 (de apoyo, coordinación o complemento) del Tratado Constitucional.

Respecto a los ámbitos concretos de competencia compartida, se preveían en el art. I-14.2 TC que, siguiendo el modelo diseñado por la Convención, no conformaban un catálogo cerrado, como quedaba patente del inciso “se aplicarán a los siguientes ámbitos principales”:

“2. Las competencias compartidas entre la Unión y los Estados miembros se aplicarán a los siguientes ámbitos principales:

- a) el mercado interior;
- b) la política social, en los aspectos definidos en la Parte III;
- c) la cohesión económica, social y territorial
- d) la agricultura y la pesca, con exclusión de la conservación de los recursos biológicos marinos;
- e) el medio ambiente;
- f) la protección de los consumidores;
- g) los transportes;
- h) las redes transeuropeas;
- i) la energía;
- j) el espacio de libertad, seguridad y justicia;
- k) los asuntos comunes de seguridad en materia de salud pública, en los aspectos definidos en la Parte III”.

Incidimos, en este caso, en dos cuestiones expuestas cuando examinamos el Proyecto elaborado por la Convención: los problemas de encaje en esta categoría de algunas competencias (como la protección de los consumidores), y la inoperatividad del principio de preclusión en los apartados tercero y cuarto de este art. I-14 (investigación, desarrollo tecnológico, espacio, cooperación para el desarrollo y ayuda humanitaria) situando a los ámbitos comprendidos en estos apartados en un lugar más cercano a las acciones de apoyo que a las competencias compartidas.

El art. I-12.5 TC establecía la tercera categorización competencial, respecto de los ámbitos donde la Unión podría realizar acciones de apoyo, coordinación o complemento, previstos, a su vez, en el art. I-17 TC:

“La Unión dispondrá de competencia para llevar a cabo acciones de apoyo, coordinación o complemento. Los ámbitos de estas acciones serán, en su finalidad europea:

- a) la protección y mejora de la salud humana;
- b) la industria;
- c) la cultura;
- d) el turismo;
- e) la educación, la juventud, el deporte y la formación profesional;
- f) la protección civil”
- g) la cooperación administrativa”.

Conviene tener presente que el art. I-17 TC añadía dos ámbitos no previstos por el Proyecto de la Convención dentro de estas medidas de apoyo: el turismo<sup>1367</sup>, y la cooperación administrativa. Paralelamente, debemos recordar que los actos jurídicos adoptados sobre una base de apoyo, coordinación o complemento, no podrían suponer la sustitución de las competencias estatales ni conllevar armonización legislativa o reglamentaria de los estados miembros<sup>1368</sup>.

Aún nos quedaría por mencionar dos ámbitos singulares previstos en los arts. I-12.3 y I-12.4 TC, para los que sería aplicable lo dicho cuando examinábamos el modelo competencial diseñado por la Convención: el art. I-12.3 TC recogía una competencia general de coordinación de las políticas económicas y de empleo por parte de la Unión, desarrollada en el art. I-15; por su parte, el art. I-12.4, conjuntamente con el art. I-16, plasmaría la competencia de la Unión en la PESC, así como la definición progresiva de una política común de defensa que podría llevar a una defensa común y un deber de lealtad y solidaridad respecto de la PESC, si bien la realidad continuaría demostrando que la capacidad de actuación de la Unión como tal en estos ámbitos seguiría siendo limitada.

Precisamente, la suma de los arts. I-15 (coordinación de las políticas económicas y de empleo) y I-17 (los referidos ámbitos de apoyo, coordinación o complemento)

<sup>1367</sup> El Informe del Grupo V no se había mostrado partidario de dedicar al turismo un artículo propio en el Tratado. No obstante, el propio Grupo era consciente de que este ámbito era mencionado en la letra u) del artículo 3 TCE junto con la energía y la protección civil, siendo anómalo que hubiera ámbitos mencionados en el artículo 3 TCE a los que no correspondiera ningún artículo del Tratado, *vid.* Informe final del Grupo de Trabajo V (CONV 375/1/02), de 4 de noviembre de 2002, p. 15. En este contexto, el Tratado Constitucional decidió incluirlo dentro de las medidas de apoyo, al igual que la cooperación administrativa, estableciendo a tal efecto sendas bases jurídicas en la Parte III para el turismo (art. III-281) y la cooperación administrativa (art. III-285).

<sup>1368</sup> La CIG, con sus correcciones de técnica jurídica, colocó esta segunda garantía conjuntamente con la primera, en el art. I-12.5 TC, frente a lo dispuesto por el texto de la Convención, donde ambas garantías se establecían en preceptos distintos.

podría entenderse como una categorización del método de coordinación abierta, si bien “a pesar de ello y de las propuestas institucionales y doctrinales a favor de una formalización jurídica expresa y genérica [...], este método no se menciona formalmente”<sup>1369</sup>, al tiempo que “no formaliza la totalidad de los supuestos en los que este método se utiliza en la práctica”<sup>1370</sup>.

Por otro lado, el Tratado Constitucional mantendría la cláusula de flexibilidad del art. 308 en el art. I-18 TC<sup>1371</sup>, reproduciendo el diseño establecido por la Convención, que, en relación con el Tratado de la Comunidad Europea, implicaba mayor precisión respecto de su ámbito y alcance; mejoraba el papel del Parlamento Europeo haciendo necesaria su aprobación previa, aunque manteniendo la unanimidad del Consejo de Ministros; e impedía renacionalizaciones de competencias.

Paralelamente, fuera del Título III sobre las competencias de la Unión, pero dentro del Título V sobre su ejercicio, el Tratado Constitucional, sobre la base del Proyecto de la Convención establecía una jerarquía normativa, con el objetivo de clarificar, racionalizar y democratizar el sistema, a través de tres niveles relativos a la adopción de actos: actos legislativos (art. I-34) por medio de las leyes europeas y las leyes marco europeas adoptadas por el procedimiento legislativo ordinario, con la salvedad de los casos particulares sometidos a procedimientos legislativos especiales (arts. I-34.2 y I-34.3 TC); actos delegados (art. I-36) que podrían completar o modificar los elementos no esenciales de la ley o ley marco, a través del novedoso instrumento del reglamento delegado; y actos de ejecución (art. I-37) por medio de los que se ejecutarían los actos legislativos o los actos delegados, en los casos excepcionales en los

---

<sup>1369</sup> Vid. ROBLES CARRILLO, Margarita: “El método abierto de coordinación tras el Tratado de Lisboa”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº 92, (2011), p. 289.

<sup>1370</sup> En la Parte III del Tratado Constitucional se podrían encontrar bases del método de coordinación abierta en varias disposiciones: el art. III-207 sobre empleo, los arts. III-210 y III-213 en política social, el art. III-250 en materia de investigación y desarrollo tecnológico, el art. III-278 en la esfera de la salud pública y el art. III-279 en materia de industria, además de la educación y la formación profesional, *vid. ibidem*.

<sup>1371</sup> Como ya hemos visto, este precepto era denominado por un sector de la doctrina como cláusula de imprevisión, pues abre la posibilidad de que la Unión adopte normas en situaciones imprevistas en las que no tiene competencia por los Tratados, si bien el objetivo entra dentro de los asignados, vinculándose al principio de suficiencia de medios, *vid. MANGAS MARTÍN, Araceli - LIÑÁN NOGUERAS, Diego J.: Instituciones...*, 2010, p. 78.

que la ejecución no correspondiera a los estados<sup>1372</sup>, a través del reglamento europeo de ejecución o de la decisión europea de ejecución<sup>1373</sup>.

Por tanto, de lo dispuesto en el Título III y el Título V del Tratado Constitucional, podríamos llegar a establecer una especie de correspondencia entre la potestad (legislativa, de desarrollo, o ejecutiva), la naturaleza de la competencia (exclusivas, compartidas, de apoyo, o de mera coordinación), el tipo de acto (ley, ley marco, decisión, reglamento delegado, reglamento de ejecución) y el procedimiento normativo a emplear en cada caso.

Así, las competencias exclusivas serían tales en el ámbito legislativo, no alcanzando una exclusividad total que comprendiera también al nivel ejecutivo nada más que en situaciones excepcionales (como el Derecho de la competencia); lo mismo podríamos decir de las competencias compartidas, donde se podría considerar que la preclusión (y la ocupación del terreno que implica) sólo operaría en el ámbito legislativo y no en el ejecutivo<sup>1374</sup>. Del mismo modo, respecto de las competencias de coordinación de políticas económicas y empleo, o las acciones de apoyo, lo esencial de la ejecución estaría en los estados miembros<sup>1375</sup>. Por el contrario, en el ámbito de la

<sup>1372</sup> El art. I-37 definía en primer lugar la regla general, según la que “los Estados miembros adoptarán todas las medidas de Derecho interno necesarias para la ejecución de los actos jurídicamente vinculantes de la Unión” (apartado primero) y, a continuación, la excepción por la que “cuando se requieran condiciones uniformes de ejecución de los actos jurídicamente vinculantes de la Unión, éstos conferirán competencias de ejecución a la Comisión o, en casos específicos debidamente justificados y en los previstos en el artículo I-40, al Consejo” (apartado segundo). Ello vendría a confirmar que “las competencias ejecutivas son siempre expresas, y que la competencia estatal de ejecución tiene un carácter general y subsidiario”, HINOJOSA MARTÍNEZ, Luis Miguel: *El reparto de...*, p. 292. Además, también se disponía que “se establecerán previamente mediante ley europea las normas y principios generales relativos a las modalidades de control, por parte de los Estados miembros, del ejercicio de las competencias de ejecución por la Comisión” (apartado tercero), lo que contribuirá a unificar los criterios nacionales de control sobre las actividades de ejecución de la Comisión (hasta ahora regulados sólo sectorialmente y, en algunos casos, por el TJCE) y facilitar la aplicación uniforme del Derecho de la Unión, *vid. ibidem*, pp. 298-300.

<sup>1373</sup> Lo que permitía afirmar al profesor Hinojosa que “el mencionado art. I-37 ordena con claridad, por primera vez en el Derecho originario, la delimitación de competencias ejecutivas entre la Unión y sus Estados miembros”, si bien hubiera sido más apropiado “situar el art. I-37 del TC en el Título III sobre competencias”, *ibidem*, p. 291.

<sup>1374</sup> Esta interpretación, acorde con la práctica comunitaria y que, en nuestra opinión, resultaba más adecuada, no excluiría que, dada la complejidad de este ámbito, pudiera llegarse también a la interpretación opuesta por la que la preclusión se aplicaría tanto a competencias legislativas como ejecutivas, *vid. ibidem*, pp. 292-293.

<sup>1375</sup> Ahora bien, las instituciones comunitarias tendrían alguna competencia ejecutiva en estos ámbitos, como se deduce del art. III-184.10 en relación con el déficit público o del art. III-207 TC sobre programas de fomento del empleo comunitarios, *vid. ibidem*, p. 295.

PESC, la Unión Europea dispondría de competencias ejecutivas, teniendo la Unión más difuminada su capacidad de acción en el plano legislativo<sup>1376</sup>.

Finalmente, en relación con las denominadas competencias horizontales, o cláusulas relativas a la aproximación de las legislaciones estatales para la consecución del mercado interior previstas en los arts. 94 y 95 TCE, el Tratado Constitucional, al igual que sucedió en la Convención, no introducía modificaciones de fondo. Así, los arts. III-172 y III-173 TC reproducían el esquema anterior<sup>1377</sup>, con la novedad de incorporar explícitamente el instrumento jurídico a emplear: ley o ley marco para el art. III-172 y ley marco para el art. III-173, lo que conllevaba implícitamente la utilización de un determinado procedimiento legislativo. Además, el texto constitucional, como también había hecho la Convención, establecía una nueva base jurídica (art. III-176 TC) sobre la creación de títulos europeos para garantizar una protección uniforme de los derechos de propiedad intelectual e industrial<sup>1378</sup> en toda la Unión<sup>1379</sup>.

Por otro lado, conviene incidir en que estas cláusulas horizontales “no pueden llevar a la conclusión de que [...] conceden al legislador comunitario un poder general para la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros, o ni tan siquiera para la regulación del mercado interior”<sup>1380</sup> conforme a la más reciente posición del Tribunal de Justicia ya expuesta anteriormente. En este sentido, el art. I-12.5 TC disponía expresamente que “los actos jurídicamente vinculantes de la Unión adoptados en virtud de las disposiciones de la Parte III relativas a esos ámbitos [acciones de apoyo,

---

<sup>1376</sup> El art. I-12.4 TC confirmaba la capacidad ejecutiva de la Unión en el ámbito de la PESC, al reflejar que “la Unión dispondrá de competencia para definir y aplicar una política exterior y de seguridad común”. Hinojosa consideraba que dicho precepto “no explica si la Unión disfruta de competencia legislativa en estos ámbitos” y “la lectura de la Parte III del TC permite descubrir que las competencias de la Unión tienen un carácter meramente ejecutivo, ya que su actuación se canaliza fundamentalmente a través de la adopción de «decisiones europeas», que son actos (normativos o administrativos) no legislativos”, *ibidem*, pp. 295-296. En este sentido, el art. I-40.4 TC disponía que “la política exterior y de seguridad común será ejecutada por el Ministro de Asuntos Exteriores de la Unión y por los Estados miembros, utilizando los medios nacionales y los de la Unión”.

<sup>1377</sup> No obstante, su ubicación se invierte: el art. III-172 TC sería el equivalente al art. 95 TCE y el art. III-173 TC al art. 94 TC.

<sup>1378</sup> El inciso “e industrial” fue añadido por el Tratado Constitucional respecto a lo previsto en el art. 68 de la Parte III del Proyecto de la Convención.

<sup>1379</sup> Hinojosa apuntaba que el art. III-172 TC no era apropiado para esta finalidad, “ya que su función se limita a la aproximación de legislaciones, y no sería base jurídica suficiente para la creación de marcas y patentes europeas, con un sistema de autorización y control centralizados”, HINOJOSA MARTÍNEZ, Luis Miguel: *El reparto de...*, p. 312.

<sup>1380</sup> *Ibidem*, p. 313.

coordinación o complemento] no podrán conllevar armonización alguna de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros”.

En definitiva, podemos concluir que el modelo competencial de distribución de competencias entre la Unión y los estados establecido por el Tratado Constitucional, mantenía todos los aspectos (y novedades) fundamentales del diseño que había previsto el Proyecto de la Convención Europea, lo que implica que la valoración que entonces hacíamos se pueda traer también aquí a colación.

De esta forma, es evidente que la categorización de competencias facilitaba una mayor clarificación y transparencia; además, esta categorización no implicaba un proceso de codificación competencial ya que, sin ir más lejos, la relación de ámbitos donde habría competencia compartida sería abierta, al tiempo que cláusulas como la del art. I-18 TC o las competencias de carácter horizontal garantizaban la flexibilidad del sistema. A ello habría que añadir el establecimiento de una jerarquía de actos normativos que permitiría visualizar mejor cómo y quién actúa, así como la inclusión en el Tratado Constitucional de principios hasta entonces desarrollados jurisprudencialmente como la preclusión.

Otros principios de gran relevancia como la primacía se mantienen en el texto, aunque pasaban del Título III dedicado a las competencias del Proyecto de la Convención, al art. I-6 del Tratado Constitucional, dentro de su Título I “De la definición y los objetivos de la Unión”, lo que permitiría conferirle todavía mayor realce, siendo técnicamente más adecuado al ser un principio básico de funcionamiento de toda la Unión. Del mismo modo, la vertiente activa del principio de cooperación leal que la Convención situaba en su art. 10.2, pasa al art. I-5.2 TC, sistematizando las dos perspectivas de dicho principio.

Sin embargo, también es verdad que, como ya expusimos en su momento, el sistema competencial no aportaba prácticamente nada que no hubiera sido ya recogido por el Tribunal de Justicia ni incrementaba de forma significativa las bases jurídicas de la Unión, persistiendo todavía demasiadas singularidades en el ámbito de la Política Exterior o en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia.

Con todo, y como ya expresamos en relación con el modelo competencial emanado de la Convención, desde nuestra óptica la visión era positiva, sobre todo en el plano de la transparencia, ya que el sistema de delimitación que regía hasta entonces era más opaco y menos explícito; del mismo modo, también sería preferible un sistema competencial flexible y que se pudiera adaptar a las cambiantes circunstancias del mundo actual que un catálogo rígido de ámbitos materiales, aunque con ello mantendría su *vis expansiva* que, entre otros instrumentos, trataría de modular el sistema de alerta temprana.

#### B. El sistema de alerta temprana en el Tratado Constitucional y el incremento del papel de los Parlamentos Nacionales

El papel de los Parlamentos Nacionales aumentaba considerablemente con la aprobación del Tratado Constitucional. Conviene recordar que hasta la promulgación del Tratado de Ámsterdam su única función era la de ratificar los Tratados comunitarios, lo que ampliaría el citado Tratado adoptando por primera vez un *Protocolo sobre el cometido de los Parlamentos Nacionales en la Unión Europea* que ya recogía algunas obligaciones de información respecto a los mismos e institucionalizaba el papel de la Conferencia de los Órganos Especializados en los Asuntos Comunitarios y Europeos de los Parlamentos de la Unión Europea.

Como ya hemos visto, la *Declaración n° 23 relativa al futuro de la Unión* anexa al Tratado de Niza y la *Declaración de Laeken* establecían como uno de sus aspectos fundamentales la consideración del papel de los Parlamentos Nacionales en la arquitectura europea, lo que supuso que la Convención Europea tratara este ámbito en dos Grupos de Trabajo (el I y el IV, sobre “Subsidiariedad” y “Parlamentos Nacionales” respectivamente) y elaborara un proyecto de nuevo *Protocolo sobre el cometido de los Parlamentos Nacionales en la Unión Europea* que sustituyera al de Ámsterdam y que se trasladaría prácticamente de forma literal a los Protocolos anexos al Tratado Constitucional.

En dicho Protocolo<sup>1381</sup> se preveía, entre otras cosas, la recepción directa por los Parlamentos Nacionales (evitando los filtros de los gobiernos) de todos los documentos de consulta y el programa legislativo anual (art. 1), así como la obligación de las distintas instituciones europeas con participación en el proceso legislativo según los casos (propuestas de la Comisión, proyectos del Parlamento Europeo, peticiones del Tribunal de Justicia, recomendaciones del Banco Central Europeo, peticiones del Banco Europeo de Inversiones o iniciativas de un grupo de estados miembros) de remitir sus respectivas propuestas de actos legislativos a los Parlamentos Nacionales (art. 2).

Además, el Consejo estaría obligado a enviar a las cámaras nacionales sus órdenes del día y resultados de sus sesiones, incluyendo las actas cuando se deliberase sobre proyectos de actos legislativos (art. 5), se informaría a los Parlamentos Nacionales cuando el Consejo Europeo pretenda hacer uso de las *pasarelas* previstas en el art. IV-444.1 y 444.2 TC que posibilitarían el paso de la unanimidad a la mayoría cualificada y de los procedimientos legislativos especiales al ordinario (art. 6); el Tribunal de Cuentas transmitiría a título informativo su informe anual a los legislativos nacionales (art. 7) y se aclaraba que, cuando el sistema no sea monocameral, lo dispuesto en los preceptos anteriores se aplicaría a cada una de las cámaras que conforman el respectivo Parlamento Nacional (art. 8).

Finalmente, el Protocolo establecía que el Parlamento Europeo y los Parlamentos Nacionales definirían conjuntamente la organización y la promoción de una cooperación interparlamentaria eficaz y regular en el seno de la Unión (art. 9) y que la COSAC, creada con el Tratado de Ámsterdam, tendría la capacidad de dirigir al Parlamento Europeo, al Consejo y a la Comisión cualquier contribución que considerase conveniente, pudiendo organizar conferencias interparlamentarias sobre temas concretos, especialmente en el ámbito de la política común de seguridad y defensa, si bien sus aportaciones no vincularían a los Parlamentos Nacionales (art. 10).

<sup>1381</sup> El esquema de la Convención se mantenía en el Protocolo anexo al Tratado Constitucional, con un pequeño cambio de denominación (*Protocolo sobre la función de los Parlamentos Nacionales en la Unión Europea*) y la introducción de un párrafo adicional en el Preámbulo a modo de declaración de intenciones sobre sus nuevas funciones en el proceso legislativo de la Unión: “DESEANDO impulsar una mayor participación de los Parlamentos nacionales en las actividades de la Unión Europea e incrementar su capacidad para manifestar su opinión sobre los proyectos de actos legislativos europeos y otros asuntos que consideren de especial interés”.



Pero si de innovaciones hablamos, lo más destacado sería el sistema de alerta temprana que, como ya explicamos, se había previsto en el Informe del Grupo de Trabajo de la Convención sobre la Subsidiariedad, siendo concebido para que los Parlamentos de los estados vigilen el cumplimiento del principio de subsidiariedad sobre la base de un período mínimo de verificación de seis semanas (art. 4)<sup>1382</sup>. El *Protocolo sobre la función de los Parlamentos nacionales en la Unión Europea* (art. 3) remitía la regulación de este novedoso mecanismo al *Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad*.

Así, el Parlamento Nacional tendría un plazo de seis semanas, desde la transmisión del proyecto de acto legislativo<sup>1383</sup>, para remitir a los Presidentes de la Comisión, del Parlamento Europeo y del Consejo de Ministros un dictamen motivado explicando por qué consideraban que la propuesta no se ajustaba al principio de subsidiariedad, estableciendo además que “incumbirá a cada Parlamento nacional o a cada cámara de un Parlamento nacional consultar, cuando proceda, a los Parlamentos regionales que posean competencias legislativas” (art. 6 PSPa)<sup>1384</sup>.

Finalmente, el Protocolo preveía que cada cámara legislativa estatal dispusiera de un voto (si el sistema parlamentario era monocameral tendría dos) que, si llegaba a representar al menos un tercio del total o de una cuarta parte si se tratara del supuesto del art. III-264 TC, obligaría a la Comisión (u otros proponentes del proyecto legislativo) a volver a estudiar su propuesta (art. 7 PSPa). La Comisión (u otros proponentes) podrían mantener su propuesta, modificarla o retirarla, pero se legitimaba a los Parlamentos Nacionales (e incluso el Comité de las Regiones respecto de los actos legislativos para cuya adopción debiera ser consultado) para interponer un recurso ante

<sup>1382</sup> Conforme a lo dispuesto en el art. 4 PPNa “entre el momento en que se transmita a los Parlamentos nacionales un proyecto de acto legislativo europeo en las lenguas oficiales de la Unión y la fecha de inclusión de dicho proyecto en el orden del día provisional del Consejo con miras a su adopción o a la adopción de una posición en el marco de un procedimiento legislativo, deberá transcurrir un plazo de seis semanas”.

<sup>1383</sup> El término “proyecto de acto legislativo europeo” se entendería de forma amplia: designaría las propuestas de la Comisión (las más habituales), las iniciativas de un grupo de estados miembros, las iniciativas del Parlamento Europeo, las peticiones del Tribunal de Justicia, las recomendaciones del Banco Central Europeo y las peticiones del Banco Europeo de Inversiones, destinadas a la adopción de un acto legislativo europeo (art. 3 PSPa, CIG 87/04 ADD 1 REV 1).

<sup>1384</sup> El Protocolo no recogía el procedimiento en que estos Parlamentos regionales habrían de ser consultados, quedando en manos de la regulación de cada estado, para lo que, como en el caso español, habría que hacer las oportunas adaptaciones en las cámaras legislativas, *Vid.* HINOJOSA MARTÍNEZ, Luis Miguel: *El reparto de...*, pp. 333-335. Dicha situación se mantendría en la regulación prevista por el Tratado de Lisboa.

el Tribunal de Justicia por incumplimiento de este principio (art. 8 PSPa respecto del III-365 TC)<sup>1385</sup>.

No obstante, el novedoso sistema planteaba algunos problemas: aumentaba la complejidad del procedimiento decisorio y probablemente su duración, al tiempo que se producía cierto temor a que los Parlamentos Nacionales no examinaran las propuestas en función de la subsidiariedad sino que, con la excusa de velar por el cumplimiento de este principio, entraran en el fondo de las mismas con la consiguiente interferencia con el Parlamento Europeo<sup>1386</sup>.

Por otro lado, la operatividad real del *early warning system* como instrumento de los estados para garantizar el cumplimiento del principio de subsidiariedad, tal y como se recogía en la Convención y en el Tratado Constitucional, era dudosa: fijar un número mínimo de Parlamentos Nacionales parecía adecuado (un número menor podría ser utilizado como medida de presión nacional y un número mayor lo haría inviable), pero no así la opción que se concedía a la Comisión para mantener su propuesta que, con la excusa de no paralizar la legislación comunitaria, podría llegar a ser frustrante para los legislativos estatales<sup>1387</sup>. Esto podría evitarse introduciendo un segundo filtro con una mayoría mayor, como la mitad de los Parlamentos Nacionales, que impidiera a la Comisión mantener su propuesta sin introducir modificaciones; algo de lo que, con matices, el Tratado de Lisboa se hizo eco<sup>1388</sup>.

En realidad, no dejaba de ser curiosa la preocupación por fortalecer el papel de los Parlamentos Nacionales en el proceso de construcción europea sobre la base del

<sup>1385</sup> En realidad, la legitimación de los Parlamentos Nacionales para acudir al Tribunal de Justicia sería tramitada por los estados miembros, lo que, como dice Díez-Hochleitner, dejaba abierto varias interrogantes: “¿Significa ello que cada Estado miembro está obligado a adoptar normas internas que aseguren la interposición del recurso cuando así lo solicite su Parlamento? ¿O se trata de una mera posibilidad que [...] algunos Estados ignorarían, dejando en manos de su Gobierno [...] la decisión o no de actuar?”, Díez-HOCHLEITNER, Javier: “El sistema competencial...”, p. 258.

<sup>1386</sup> Vid. *ibidem.*, pp. 253-254, MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José: “La nueva regulación...”, p. 282, o SÁENZ DE SANTA MARÍA, Paz Andrés: “El sistema institucional...”, p. 223. Ciertamente existen algunos autores que apuntaban que el *early warning system* no suponía un cambio radical en el sistema (seguía sin aplicarse a las competencias exclusivas), sino más bien un ajuste procedimental (importante) en relación con la aplicación y control del principio, y el papel de los Parlamentos Nacionales, vid. VERGÉS BAUSILI, Anna: “Rethinking...”, p. 16.

<sup>1387</sup> Vid. HINOJOSA MARTÍNEZ, Luis Miguel: *El reparto de...*, p. 199.

<sup>1388</sup> En esta línea, Gisela Stuart había propuesto que la Comisión estaría obligada a retirar su propuesta cuando los dictámenes motivados procedieran de dos tercios de los Parlamentos Nacionales. Sería una *red card*, por contraposición a la *yellow card* que acabamos de ver y que obligaba a la Comisión a reexaminar su propuesta, pero pudiendo mantenerla intacta (CONV 540/03).

déficit democrático de la Unión, teniendo en cuenta la capacidad cada vez menor de las cámaras legislativas nacionales para controlar a sus respectivos gobiernos. Como ya advertimos en su momento, parece más bien que la razón de fondo se encontraba en una cierta desconfianza hacia el Parlamento Europeo<sup>1389</sup>. En todo caso, a nuestro juicio resultaba indudable que el mecanismo de alerta temprana permitía avanzar en términos de legitimidad democrática al permitir que las propuestas normativas comunitarias sean producto de un consenso más amplio, a través de la participación de los Parlamentos Nacionales en el procedimiento decisorio; a la par, evitaba la creación de nuevos órganos que pudiesen suponer mayores cargas burocráticas o mecanismos de bloqueo<sup>1390</sup>.

### C. Otros mecanismos de control del principio de subsidiariedad

El *Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad*, anexo al Tratado Constitucional, mantenía los nueve apartados del Proyecto de la Convención, ahora convertidos en artículos.

A mayores de los arts. 6, 7 y 8<sup>1391</sup>, que desarrollaban el *early warning system*, el Protocolo recogía otras vías de control de dicho principio, sobre la base de lo preestablecido por la Convención. Así, el art. 1 recogía la obligación de cada institución por garantizar el cumplimiento de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad; el art. 2 disponía explícitamente que las consultas que la Comisión tenía que realizar antes de proponer un acto legislativo debían tener en cuenta, cuando procediera, la

<sup>1389</sup> En este sentido, no podemos sino lamentar la eliminación en el Proyecto de Tratado Constitucional elaborado por la Convención Europea de la propuesta de crear un Congreso de los Pueblos de Europa, formulada en el Anteproyecto de Tratado Constitucional y que todavía continuaba presente en el borrador de 24 de mayo de 2003. Este órgano en el que, al menos una vez al año, se podría debatir la situación general de la Unión, estaría presidido por el Presidente del Parlamento Europeo y no excedería de 700 representantes (1/3 procedente del Parlamento Europeo y 2/3 de los nacionales); se disponía, además, que el Presidente del Consejo había de presentar el Informe sobre el Estado de la Unión y el Presidente de la Comisión, el Informe Legislativo Anual. Las numerosas enmiendas de supresión, sobre todo por parte de los *eurodiputados*, motivaron la desaparición de este nuevo órgano del Proyecto de la Convención; supresión ratificada por el Tratado Constitucional y el posterior Tratado de Lisboa.

<sup>1390</sup> Vid. HINOJOSA MARTÍNEZ, Luis Miguel: *El reparto de...*, pp. 199-200.

<sup>1391</sup> El art. 8 recogía la competencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para pronunciarse sobre los recursos por violación del principio de subsidiariedad interpuestos por un estado miembro o transmitidos por éste en nombre de su Parlamento Nacional, previéndose también la legitimación en determinados supuestos del Comité de las Regiones. Por tanto, no formaba parte propiamente del *early warning system*, pero estaba estrechamente ligado a él.

dimensión regional y local<sup>1392</sup>; y el art. 4 establecía la remisión directa a los Parlamentos Nacionales, sin pasar por los gobiernos, de los proyectos legislativos de la Comisión, Parlamento Europeo y Consejo, así como de las resoluciones legislativas del Parlamento Europeo y de las posiciones comunes del Consejo.

Además, y probablemente éste sea el instrumento más sustantivo (descontando el propio sistema de alerta temprana), se recogía explícitamente que toda propuesta normativa había de incluir una ficha de la subsidiariedad y proporcionalidad donde se motivara la propuesta normativa en relación con el principio de subsidiariedad (art. 5 PSPa)<sup>1393</sup>; vía que a nuestro juicio tendría una utilidad práctica relativa, aunque sí sería clarificadora.

Finalmente, el art. 9, establecía que la Comisión presentaría al Consejo Europeo, al Parlamento Europeo, al Consejo y a los Parlamentos Nacionales (la incorporación de los legislativos estatales era una novedad no contemplada en el Proyecto de Protocolo de la Convención) un informe anual sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, que debía remitirse al Comité de las Regiones y al Comité Económico y Social.

#### D. El principio de proporcionalidad como criterio de ejercicio competencial

El principio de proporcionalidad se recogía en el art. I-11.4 TC, el cual trasladaba lo dispuesto en el párrafo tercero del art. 5 TCE, incluyendo dos novedades: la propia explicitación en el texto del principio de proporcionalidad, no mencionado por su nombre hasta entonces en el citado precepto del Tratado de la Comunidad Europea; y la introducción de la expresión relativa a “el contenido y la forma” de la acción de la Unión, frente a la anterior que simplemente se refería a la “acción de la Comunidad”.

Por tanto, el Tratado Constitucional pretendía mejorar “la identificación en el texto constitucional del instrumento normativo o ejecutivo a utilizar en cada ámbito

<sup>1392</sup> Este precepto también disponía que, en casos de urgencia excepcional, la Comisión no procedería a estas consultas, motivando su decisión.

<sup>1393</sup> Esta ficha, heredera del punto 4 del Proyecto de Protocolo de la Convención, tampoco difiere tanto de la “necesidad de justificación” por la Comisión de sus propuestas legislativas, prevista en el punto 9 del Protocolo anexo en 1997 al TCE.

competencial, para predeterminar más detalladamente la intensidad de la intervención comunitaria”<sup>1394</sup>, lo que se concretaba en la previsión reflejada en el art. I-33, distinguiendo entre actos legislativos y no legislativos y, en especial, en el apartado segundo de este precepto, según el cual “cuando se les presente un proyecto de acto legislativo, el Parlamento Europeo y el Consejo se abstendrán de adoptar actos no previstos por el procedimiento legislativo aplicable al ámbito de que se trate”. Es decir, el principio de proporcionalidad pasaba a ser el “criterio determinante de la elección del instrumento”<sup>1395</sup>, algo que también tenía reflejo en la redacción del art. I-38 TC<sup>1396</sup>.

Por su parte, el *Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad*, recogía la obligación de motivación de los actos legislativos en el art. 5, también prevista en relación con el principio de subsidiariedad (lo que tampoco era una novedad, pues se reflejaba en el Protocolo emanado de Ámsterdam), haciendo hincapié en que “los proyectos de actos legislativos europeos tendrán debidamente en cuenta la necesidad de que cualquier carga, tanto financiera como administrativa, que recaiga sobre la Unión, los Gobiernos nacionales, las autoridades regionales o locales, los agentes económicos o los ciudadanos sea lo más reducida posible y proporcional al objetivo que se desea alcanzar”. Del mismo modo, según lo previsto en el art. 9, la Comisión habría de presentar un informe anual sobre la aplicación del principio de proporcionalidad (algo que también era heredero del Protocolo anterior).

Sin embargo, resultaba llamativo que el Protocolo anexo al Tratado Constitucional omitiera lo dispuesto en el apartado 7 del anterior Protocolo en relación con que “las medidas comunitarias deberían dejar un margen tan amplio como sea posible para que las decisiones se tomen a nivel nacional” y “cuando corresponda y a reserva de su correcta ejecución, las medidas comunitarias deberían ofrecer a los Estados miembros varias formas alternativas de alcanzar los objetivos perseguidos”. Asimismo, el Protocolo no introducía novedades significativas relativas a los mecanismos de control del cumplimiento de este principio, excluyéndose su

<sup>1394</sup> HINOJOSA MARTÍNEZ, Luis Miguel: *El reparto de...*, p. 211.

<sup>1395</sup> *Ibidem*, p. 212; *vid.* CONV 571/03, p. 17.

<sup>1396</sup> Su apartado primero disponía que “cuando la Constitución no establezca el tipo de acto que deba adoptarse, las instituciones decidirán en cada caso conforme a los procedimientos aplicables y al principio de proporcionalidad contemplado en el art. I-11”.

operatividad en relación con el mecanismo de alerta temprana, al considerar en su momento la Convención que el principio de proporcionalidad tenía un carácter esencialmente jurídico que, a diferencia de la naturaleza esencialmente política de la subsidiariedad, no casaba con el *early warning system*<sup>1397</sup>, lo que era sorprendente<sup>1398</sup>.

#### E. La constitucionalización expresa del principio de primacía

El art. I-6 del Tratado Constitucional, recogiendo lo dispuesto por la Convención Europea, hacía un reconocimiento explícito del principio de primacía del Derecho de la Unión, de forma que “la Constitución y el Derecho adoptado por las instituciones de la Unión en el ejercicio de las competencias que se le atribuyen a ésta primarán sobre el Derecho de los Estados miembros”<sup>1399</sup>.

Como explicamos en el Capítulo Segundo, el texto constitucional recogía explícitamente este principio nuclear del funcionamiento de las Comunidades y que había sido desarrollado por el Tribunal de Luxemburgo. No obstante, aunque *de facto* funcionaba desde mediados de los sesenta del siglo pasado, su inclusión volvía a traer a primer plano las dificultades que para los ordenamientos constitucionales internos suponía el reconocimiento expreso de la preeminencia del Derecho de la Unión (originario y derivado) sobre su propio sistema jurídico, lo que llevó a que en el propio Tratado Constitucional se incluyera una Declaración anexa al Acta Final, en la que se recogía que su contenido reflejaba el *case law* desarrollado por el Tribunal de Justicia<sup>1400</sup>. Como veremos más adelante, una vez frustrado el Tratado Constitucional, y con el fin de que los estados más *euroescépticos* ratificaran el Tratado de Lisboa, la referencia expresa a la primacía desaparecería del texto de este último Tratado.

<sup>1397</sup> Vid. CONV 724/03, p. 145.

<sup>1398</sup> Como explicaba Hinojosa, la justiciabilidad del principio de proporcionalidad no se ponía en duda, a través de las vías ordinarias de recurso existentes en el Derecho Comunitario, pero ello no significaba que este principio careciera de una vertiente política que propiciara su control por los Parlamentos Nacionales. De hecho, este profesor proseguía argumentando que “probablemente, el riesgo de ver incrementados los procesos judiciales auspiciados por los Parlamentos Nacionales haya tenido un mayor peso en la decisión, ya que el principio de proporcionalidad ofrecería muchos más argumentos para atacar la legalidad de las normas comunitarias que el principio de subsidiariedad”, HINOJOSA MARTÍNEZ, Luis Miguel: *El reparto de...*, p. 220.

<sup>1399</sup> Precepto que era heredero del art. 10.1 de la Parte I PTC.

<sup>1400</sup> *Declaración relativa al artículo I-6*, por la que se “hace constar que el artículo I-6 refleja la jurisprudencia existente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal de Primera Instancia” (CIG 87/04 ADD 2 REV 2).

## VII. EL MODELO DE DISTRIBUCIÓN COMPETENCIAL DISEÑADO EN EL TRATADO DE LISBOA

Después de estudiar el modelo de distribución de competencias vigente hasta el Tratado de Lisboa, así como las propuestas formuladas por la Proyecto de la Convención Europea y el Tratado Constitucional, nos queda analizar el marco final diseñado por Lisboa, siendo este el que opera hoy día, una vez entrado en vigor el Tratado rubricado en la capital portuguesa<sup>1401</sup>. Para ello veremos primeramente la regulación general de la distribución vertical de competencias, que conserva los rasgos esenciales del Tratado Constitucional (y por ende, de la Convención); posteriormente abordaremos las innovaciones específicas que introduce el Tratado de Lisboa en relación con esta materia, así como el inicio de su aplicación desde el punto de vista competencial y de la subsidiariedad; a continuación nos detendremos en el papel que otorga a las entidades subestatales; y finalmente, de modo esquemático veremos las nuevas bases jurídicas consagradas por el Tratado lisboeta.

### A. Conservación de la regulación general prevista en el Tratado Constitucional

A diferencia de lo que acontecía en el Tratado Constitucional donde el esquema competencial se agrupaba en el Título III de la Parte I (arts. I-11 a I-18), el modelo de distribución competencial establecido en el Tratado de Lisboa se encuentra regulado entre el Tratado de la Unión Europea (arts. 4, 5 y 12) y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, cuyo Título I de la Primera Parte (arts. 2-6) desarrolla el esquema competencial básico. A esta estructura, habría que añadir la cláusula de flexibilidad según lo dispuesto en el art. 352 TFUE y diversos preceptos diseminados a lo largo de todo el TFUE, ya sea vinculados al ejercicio de las competencias según el tipo de acto de que se trate (arts. 288-291 TFUE), a las competencias transversales (arts. 114 y 115 TFUE) o, sobre todo, aquellos que determinen “el alcance y las condiciones del ejercicio de las competencias de la Unión” según lo establecido en el art. 2.6 TFUE.

---

<sup>1401</sup> Sobre el modelo de delimitación vertical de competencias emanado del Tratado de Lisboa, *vid.* MARTÍNEZ ARRIBAS, Fernando: “El sistema de competencias de la Unión Europea previsto en el Tratado de Lisboa”, en Pereira Menaut (coordinador), *Código Constitucional de la Unión Europea*, Santiago de Compostela, Andavira, 2011, pp. 83-109.

Dicho de otra manera, Lisboa va a mantener en su integridad la regulación dada por el Tratado Constitucional al modelo competencial, perdiendo por el contrario en transparencia y simplificación como consecuencia de la regulación única que tenía el Tratado Constitucional<sup>1402</sup>. En este sentido no podemos sino lamentar que el Título I TFUE relativo a las categorías y ámbitos de competencias no se recoja en el propio Tratado de la Unión Europea, de forma equivalente a lo que disponía el Tratado Constitucional<sup>1403</sup>.

Como acabamos de explicar, se conserva el cuadro general diseñado por el Tratado Constitucional, lo que incluye también lo dispuesto en relación con el principio de subsidiariedad y papel de los Parlamentos Nacionales en sus respectivos Protocolos, a los que sólo nos referiremos en cuanto a novedades o modificaciones introducidas por el Tratado de Lisboa.

En lo que respecta al Tratado de la Unión Europea, el art. 5 TUE dispone en su apartado primero que “la delimitación de las competencias de la Unión se rige por el principio de atribución. El ejercicio de las competencias de la Unión se rige por los principios de subsidiariedad y proporcionalidad”, caracterizando en los apartados siguientes los principios de atribución (art. 5.2), subsidiariedad (art. 5.3) y proporcionalidad (art. 5.4) en términos análogos al art I-11 TC. En este sentido, llama la atención la reiteración en el Tratado de la competencia residual a favor de los estados (la otra cara del principio de atribución) por la cual “toda competencia no atribuida a la Unión en los Tratados corresponde a los Estados miembros”, que se prevé no sólo en el art. 5.2 TUE, sino también en el art. 4.1<sup>1404</sup> y 6.1<sup>1405</sup> de este mismo Tratado, y en la *Declaración n° 18 relativa a la delimitación de competencias* anexa por Lisboa, en lo que puede interpretarse como un guiño para facilitar la ratificación del Tratado en los

<sup>1402</sup> Vid. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José: “La nueva regulación...”, p. 278.

<sup>1403</sup> Como expone el profesor Aldecoa “cuatro artículos más no hubieran sobrecargado el TUE”, y “las competencias son reglas básicas del sistema que merecen un lugar equivalente al de otras reglas”, siendo esta alternativa la más lógica, puesto que en el propio TUE se regularía en su Título V el ejercicio de una de esas competencias de coordinación de políticas nacionales como es la PESD, ALDECOA LUZÁRRAGA, Francisco - GUINEA LLORENTE, Mercedes: *La Europa que viene...*, p. 186.

<sup>1404</sup> Este apartado fue añadido por el Tratado de Lisboa con el fin de reforzar la referida competencia residual o de principio a favor de los estados que también figura en el art. 5.2 TUE.

<sup>1405</sup> El art. 6.1 TUE, relativo a la CDF, dispone que “las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados”.



estados más *euroescépticos* y obtener el visto bueno de los tribunales constitucionales más activos en la defensa de las competencias estatales<sup>1406</sup>.

De hecho, el afán garantista de algún alto tribunal, como el alemán, lo lleva a “retomar el testigo dejado en la sentencia sobre el Tratado de Maastricht a propósito de la posibilidad que se reservaría para sí el Tribunal Constitucional alemán en orden de controlar hipotéticos actos de la Unión que sobrepasaran los límites marcados por este principio de atribución expresa de competencias”. De esta forma, mientras con Maastricht el Tribunal Constitucional germano se limitaba únicamente a enunciar esa posibilidad de control, con la sentencia de Lisboa se desarrolla esta posibilidad, no solamente para aquellos supuestos en los que no se alcanzara el estándar de protección de los derechos fundamentales en el ámbito de la Unión (algo ya previsto por la sentencia *Solange II*), sino también al control sobre actuaciones eventuales *ultra vires* de la Unión<sup>1407</sup>. No obstante, poco después de la sentencia sobre el Tratado de Lisboa y ante un recurso de amparo en el que se le demandaba que ejercitara esta capacidad de control, el Tribunal de Karlsruhe consideró, en un tono mucho más conciliador, que era necesaria la interposición previa de la cuestión prejudicial ante el TJUE<sup>1408</sup> o, en los casos puntuales en que ejercitó ese control *ultra vires*, como en el asunto *Mangold*<sup>1409</sup> o

<sup>1406</sup> En este sentido habría que entender la preocupación del Tribunal Constitucional alemán, expuesta en el Capítulo Tercero, en relación con la ratificación del Tratado de Lisboa. Así, el Tribunal de Karlsruhe incide en la defensa del principio de atribución, sobre la base de que la Unión Europea es una asociación de estados nacionales soberanos (*Staatenverbund*) en la que el orden fundamental se encuentra sujeto únicamente a la disposición de los estados miembros y donde los pueblos de esos mismos estados son los sujetos de la legitimidad democrática. Por tanto, la Unión Europea sólo tendría las competencias que los estados le han atribuido que, además, se habrían de ejercitar preservando la identidad de éstos, careciendo la Unión de la facultad de decidir por sí misma cuando tiene y cuando no tiene competencias (se rechaza, por tanto, que tenga *Kompetenz-Kompetenz*). De esta forma, Alemania vería garantizados el respeto al principio federal y el mantenimiento del plan interno de competencias sobre determinados ámbitos como los relativos a la seguridad y defensa, las normas fundamentales del Derecho penal y del sistema financiero estatal, el sistema de seguridad social o las decisiones culturales de fundamental relevancia, entre las que podrían incluirse el Derecho de familia, la educación y la relación entre Estado y religión; *vid.* sentencia del Tribunal Constitucional alemán sobre el Tratado de Lisboa, de 30 de junio de 2009. No obstante, como expone el profesor Nanclares, el planteamiento del Tribunal de Karlsruhe respecto a la *Kompetenz-Kompetenz* es “tan obvio como innecesario, ya que en realidad nadie lo pone en duda por mucho que el Tribunal Constitucional alemán se empeñe una y otra vez en traerlo a colación. No hay Estado alguno que sostenga lo contrario; nunca las instituciones de la Unión lo han insinuado en momento alguno, y tampoco existe doctrina solvente que lo haya sostenido”, MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José: “Órdago...”, p. 123.

<sup>1407</sup> *Vid. ibidem*, p. 125.

<sup>1408</sup> *Vid.* sentencia de 6 de julio de 2010, asunto *Honeywell*.

<sup>1409</sup> El Tribunal de Justicia había declarado la incompatibilidad de la legislación germana sobre contratos a tiempo parcial con la Directiva 2000/78/CE sobre antidiscriminación y con el principio de no discriminación por razón de la edad, *vid.* sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de noviembre de 2005, *Werner Mangold/Rüdiger Helm*, asunto C-144/04. En su sentencia de 6 de julio de 2010, el Tribunal Constitucional consideró que la referida sentencia del Tribunal de Justicia no transgredía una competencia

en el procedimiento derivado de la ley alemana de transposición de la Directiva sobre conservación de datos<sup>1410</sup>, avaló la posición del TJUE.

Volviendo a la sentencia sobre el Tratado de Lisboa, el Tribunal Constitucional alemán “llega a afirmar, como supuesto posible la exigencia que tendría Alemania de abandonar la Unión en el caso de que la pertenencia pudiera conllevar un vaciamiento de los poderes de decisión real en manos de las instituciones alemanas”<sup>1411</sup>. De esta forma, “parece como si el Tribunal Constitucional estuviera estableciendo en la redacción actual de los tratados constitutivos el límite máximo de atribución de competencias soberanas alemanas que permitiría la ya citada cláusula europea actual (artículo 23 LFB). [...] de ser esta la interpretación real por la que se decanta el Tribunal Constitucional, se estaría estableciendo un freno importante a cualquier profundización futura en el proceso de integración europea”<sup>1412</sup>.

En lo que respecta al principio de proporcionalidad (omitiremos momentáneamente el principio de subsidiariedad, sobre el que más adelante volveremos), conviene recalcar que Lisboa lo configura en términos idénticos a lo ya expuesto en relación con el Tratado Constitucional: opera como un principio de ejercicio de las competencias (de todas ellas) que tendrá en cuenta tanto el contenido como la forma de la acción de la Unión, se mantiene la obligación de motivación del art. 5 y de evaluación anual del art. 9 del Protocolo y sigue omitiéndose su papel dentro del sistema de alerta temprana. Al mismo tiempo, se fortalece la dimensión de este principio como criterio de elección del instrumento jurídico que decida utilizar la Unión, conforme a lo dispuesto en el art. 296 TFUE<sup>1413</sup>.

---

de la Unión de manera que resultara constitucionalmente objetable, *vid.* MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José: “Órdago...”, p. 127.

<sup>1410</sup> *Vid.* sentencia de 2 de marzo de 2010 en la que el Tribunal Constitucional confirmó la compatibilidad de la ley de transposición de la Directiva con la Ley Fundamental de Bonn, sin entrar a analizar el contenido concreto de la norma comunitaria.

<sup>1411</sup> MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José: “Órdago...”, p. 122, en relación con el apartado 264 *in fine* de la referida sentencia.

<sup>1412</sup> *Ibidem*, pp. 122-123.

<sup>1413</sup> De acuerdo con el art. 296 TFUE, “cuando los Tratados no establezcan el tipo de acto que deba adoptarse, las instituciones decidirán en cada caso conforme a los procedimientos aplicables y al principio de proporcionalidad. Los actos jurídicos deberán estar motivados y se referirán a las propuestas, iniciativas, recomendaciones, peticiones o dictámenes previstos por los Tratados. Cuando se les presente un proyecto de acto legislativo, el Parlamento Europeo y el Consejo se abstendrán de adoptar actos no previstos por el procedimiento legislativo aplicable al ámbito de que se trate”.

Por su parte, el art. 12 TUE deriva de una creación de Lisboa relativa a la articulación del papel de los Parlamentos Nacionales, que ya analizamos en el Capítulo Tercero.

En lo que respecta a la regulación establecida en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, su art. 1 relativo a los Principios, dispone que “el presente Tratado organiza el funcionamiento de la Unión y determina los ámbitos, la delimitación y las condiciones de ejercicio de sus competencias”. Así, el art. 2 TFUE recoge:

“1. Cuando los Tratados atribuyan a la Unión una competencia exclusiva en un ámbito determinado, sólo la Unión podrá legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes, mientras que los Estados miembros, en cuanto tales, únicamente podrán hacerlo si son facultados por la Unión o para aplicar actos de la Unión.

2. Cuando los Tratados atribuyan a la Unión una competencia compartida con los Estados miembros en un ámbito determinado, la Unión y los Estados miembros podrán legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes en dicho ámbito. Los Estados miembros ejercerán su competencia en la medida en que la Unión no haya ejercido la suya. Los Estados miembros ejercerán de nuevo su competencia en la medida en que la Unión haya decidido dejar de ejercer la suya.

5. En determinados ámbitos y en las condiciones establecidas en los Tratados, la Unión dispondrá de competencia para llevar a cabo acciones con el fin de apoyar, coordinar o complementar la acción de los Estados miembros, sin por ello sustituir la competencia de éstos en dichos ámbitos.

Los actos jurídicamente vinculantes de la Unión adoptados en virtud de las disposiciones de los Tratados relativas a esos ámbitos no podrán conllevar armonización alguna de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros”.

Por consiguiente, el art. 2 TFUE establece las definiciones de las competencias exclusivas, compartidas y de apoyo, configurándose como la piedra angular del Título I de este Tratado, dedicado a las “categorías y ámbitos de competencias de la Unión”. Debemos apuntar que, si bien Lisboa reproduce el art. I-12 del frustrado Tratado Constitucional, debe destacarse el novedoso inciso que introduce respecto a las competencias compartidas, de forma que “los Estados miembros ejercerán de nuevo su competencia en la medida en que la Unión haya decidido dejar de ejercer la suya”<sup>1414</sup>, lo

---

<sup>1414</sup> Art. 2.2 TFUE. Esta disposición no altera el sentido de lo dispuesto en el art. I-12.2 TC, pero sí refleja el intento, más semántico que otra cosa, de fortalecer el papel de los estados como detentadores originarios de las competencias. Conforme a la *Declaración n.º 18 relativa a la delimitación de competencias*, introducida por el Tratado de Lisboa, la posibilidad de que la Unión haya decidido dejar de ejercer una competencia “se plantea cuando las instituciones competentes de la Unión deciden derogar un acto legislativo, en particular para garantizar mejor el respeto constante de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. El Consejo, a iniciativa de uno o varios de sus miembros

que “pone de manifiesto una vez más la obsesión por hacer visible la presencia del papel de los Estados en el ámbito de las competencias comunitarias”<sup>1415</sup>. En este sentido, Amedeo Arena considera que la configuración de la *preemption* emanada del Tratado de Lisboa supone una desaprobación general de su fuerza expansiva, pero no una prohibición constitucional<sup>1416</sup>, ya que mantiene su carácter amplificador de las competencias de la Unión a través de diferentes niveles de intensidad que en su escala más elevada producen una exhaustiva armonización<sup>1417</sup>.

Además de las tres categorías generales anteriormente mencionadas, el art. 2 recoge otra categorización en la que no hay cesión de competencias nacionales, sino coordinación de políticas nacionales de modo intergubernamental (arts. 2.3 y 2.4 TFUE), tanto en el ámbito de la coordinación de políticas económicas y de empleo concretada en el art. 5 TFUE, como en materia de política exterior y de seguridad común, desarrollada por el art. 24 TUE. Finalmente, el apartado 6 del art. 2 establece que “el alcance y las condiciones de ejercicio de las competencias de la Unión se determinarán en las disposiciones de los Tratados relativas a cada ámbito” (lo que nos llevaría a las bases jurídicas previstas en el TFUE), por lo que se “combina el método de la categorización de competencias con su definición flexible a base de objetivos”<sup>1418</sup>.

---

(representantes de los estados miembros) y de conformidad con el artículo 241 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, podrá pedir a la Comisión que presente propuestas de derogación de un acto legislativo”. En línea semejante podría citarse el *Protocolo n° 25 sobre el ejercicio de las competencias compartidas* introducido por Lisboa, al disponer que “con referencia al apartado 2 del artículo 2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, relativo a las competencias compartidas, cuando la Unión haya tomado medidas en un ámbito determinado, el alcance de este ejercicio de competencia sólo abarcará los elementos regidos por el acto de la Unión de que se trate y, por lo tanto, no incluirá todo el ámbito en cuestión”.

<sup>1415</sup> MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José: “La nueva regulación...”, p. 280.

<sup>1416</sup> La expresión literal utilizada por este autor sería “*general disfavour, but not a constitutional ban, against field preemption*”, ARENA, Amedeo: “The Doctrine of Union Preemption in the EU Single Market: Between *Sein* and *Sollen*”, Jean Monnet Working Papers, New York University, n° 3, (2010), p. 62.

<sup>1417</sup> Arena, partiendo del modelo norteamericano, hace un análisis exhaustivo de la operatividad de la *preemption* en la UE a través de los distintos tipos de instrumentos normativos (reglamentos, directivas, decisiones, actos ejecutivos o delegados) y los diversos tipos de efectos preclusivos que se pueden producir: una preclusión completa que no deja ninguna posibilidad de acción a la autoridad legislativa nacional (*field preemption*); una preclusión que implicaría únicamente el desplazamiento de la normativa estatal que obstaculizara alcanzar los objetivos previstos en la legislación de la UE (*obstacle preemption*); y una preclusión que simplemente haría inaplicable la normativa nacional en conflicto con una específica previsión de la Unión (*rule preemption*); estas tipologías producirían un efecto armonizador que, según los casos, podría ser exhaustivo, parcial o mínimo. En definitiva, este autor propone un mayor control de la *preemption*, especialmente de la *field preemption* a través de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad o un control *ex ante* por los Parlamentos Nacionales y *ex post* por el Tribunal de Justicia, *vid. ibidem*, pp. 45-73.

<sup>1418</sup> ALDECOA LUZÁRRAGA, Francisco - GUINEA LLORENTE, Mercedes: *La Europa que viene...*, p. 189.

En este sentido, el art. 3 enumera los ámbitos de competencia exclusiva de la Unión, reproduciendo lo dispuesto en su momento por el art. I-13 TC:

“1. La Unión dispondrá de competencia exclusiva en los ámbitos siguientes:

- a) la unión aduanera;
- b) el establecimiento de las normas sobre competencia necesarias para el funcionamiento del mercado interior;
- c) la política monetaria de los Estados miembros cuya moneda es el euro;
- d) la conservación de los recursos biológicos marinos dentro de la política pesquera común;
- e) la política comercial común.

2. La Unión dispondrá también de competencia exclusiva para la celebración de un acuerdo internacional cuando dicha celebración esté prevista en un acto legislativo de la Unión, cuando sea necesaria para permitirle ejercer su competencia interna o en la medida en que pueda afectar a normas comunes o alterar el alcance de las mismas”.

Por su parte, el art. 4 se refiere a los ámbitos de competencia compartida, trasladando a su vez el contenido del art. I-14 TC. Así, en primer lugar este precepto recoge que:

“1. La Unión dispondrá de competencia compartida con los Estados miembros cuando los Tratados le atribuyan una competencia que no corresponda a los ámbitos mencionados en los artículos 3 y 6”.

Llegados a este punto, creemos oportuno incidir en lo expuesto por los profesores Mangas Martín y Liñán Noguerras, en la línea de que “no se debe ni se puede deducir que las compartidas son todas las demás, ni que las compartidas son potencialmente todas las que no son exclusivas o de apoyo”<sup>1419</sup>, ya que “como estos preceptos (arts. 2 a 6 TFUE) no son títulos competenciales sino preceptos que categorizan en abstracto las competencias, se precisa la concreta *base jurídica* relativa a las políticas para poder ejercer competencias compartidas”<sup>1420</sup>. Apreciación que ha de entenderse en relación con lo dispuesto por el art. 4.2, que enuncia los “ámbitos principales” que corresponderían a esta tipología competencial:

---

<sup>1419</sup> MANGAS MARTÍN, Araceli - LIÑÁN NOGUERAS, Diego J.: *Instituciones...*, 2010, p. 76.

<sup>1420</sup> *Ibidem*.

“2. Las competencias compartidas entre la Unión y los Estados miembros se aplicarán a los siguientes ámbitos principales:

- a) el mercado interior;
- b) la política social, en los aspectos definidos en el presente Tratado;
- c) la cohesión económica, social y territorial;
- d) la agricultura y la pesca, con exclusión de la conservación de los recursos biológicos marinos;
- e) el medio ambiente;
- f) la protección de los consumidores;
- g) los transportes;
- h) las redes transeuropeas;
- i) la energía;
- j) el espacio de libertad, seguridad y justicia;
- k) los asuntos comunes de seguridad en materia de salud pública, en los aspectos definidos en el presente Tratado”.

3. En los ámbitos de la investigación, el desarrollo tecnológico y el espacio, la Unión dispondrá de competencia para llevar a cabo acciones, en particular destinadas a definir y realizar programas, sin que el ejercicio de esta competencia pueda tener por efecto impedir a los Estados miembros ejercer la suya.

4. En los ámbitos de la cooperación para el desarrollo y de la ayuda humanitaria, la Unión dispondrá de competencia para llevar a cabo acciones y una política común, sin que el ejercicio de esta competencia pueda tener por efecto impedir a los Estados miembros ejercer la suya”.

De esta forma, dentro de la categorización de las competencias compartidas, podemos, a su vez, distinguir dos subgrupos: aquellos ámbitos donde operaría el principio de preclusión (apartado 2 del art. 4), y aquéllos donde se habilitaría una competencia para la UE sin que ello supusiera la pérdida de la competencia estatal (apartados 3 y 4 del citado art. 4). Paralelamente, el principio de cooperación leal del art. 4.3 TUE operaría especialmente en estos ámbitos de competencias compartidas, en los que se entremezclan responsabilidades mutuas y corresponde a los estados la mayor parte de la ejecución del Derecho de la Unión, sirviendo también como elemento corrector de la actuación de dichos estados en el caso de que pretendieran dificultar el desarrollo de un acto de la propia Unión<sup>1421</sup>.

El art. 5 TFUE se enmarca en el ámbito de la coordinación de las políticas económicas y de empleo (al modo de lo reflejado en el antiguo art. I-15 TC), ámbito en el que, como acabamos de ver, no se puede hablar en puridad de cesión de competencias sino más bien de coordinación de políticas nacionales, a través de un “método intergubernamental”<sup>1422</sup>:

<sup>1421</sup> Vid. HINOJOSA MARTÍNEZ, Luis Miguel: *El reparto de...*, pp. 224-225.

<sup>1422</sup> ALDECOA LUZÁRRAGA, Francisco - GUINEA LLORENTE, Mercedes: *La Europa que viene...*, p. 189.

“1. Los Estados miembros coordinarán sus políticas económicas en el seno de la Unión. Con este fin, el Consejo adoptará medidas, en particular las orientaciones generales de dichas políticas.

Se aplicarán disposiciones particulares a los Estados miembros cuya moneda es el euro.

2. La Unión tomará medidas para garantizar la coordinación de las políticas de empleo de los Estados miembros, en particular definiendo las orientaciones de dichas políticas. 3. La Unión podrá tomar iniciativas para garantizar la coordinación de las políticas sociales de los Estados miembros”.

Esta mera coordinación de las políticas económicas, sin que la Unión tuviera realmente competencias definidas al modo de una auténtica gobernanza económica europea, se mostraría claramente insuficiente ante la actual crisis económica y financiera, llevando al rescate de las economías griega, irlandesa y portuguesa y a que se acordara modificar el Tratado de Lisboa para introducir un fondo de rescate permanente para la *eurozona* con el objeto de hacer frente a las dificultades de la deuda pública, cuando este Tratado apenas llevaba un año en vigor.

Finalmente, el último precepto de este Título I del TFUE, el art. 6, se refiere a las acciones de apoyo (art. I-17 TC), desarrollando los ámbitos en los que la Unión podría llevar a cabo dichas actuaciones:

“La Unión dispondrá de competencia para llevar a cabo acciones con el fin de apoyar, coordinar o complementar la acción de los Estados miembros. Los ámbitos de estas acciones serán, en su finalidad europea:

- a) la protección y mejora de la salud humana;
- b) la industria;
- c) la cultura;
- d) el turismo;
- e) la educación, la formación profesional, la juventud y el deporte;
- f) la protección civil;
- g) la cooperación administrativa”.

En este sentido, y como ya reflejábamos al abordar el modelo resultante del Tratado Constitucional, los arts. 5 y 6 TFUE podían enmarcarse dentro del método de coordinación abierta, produciéndose además una singularidad marcada por la dualidad normativa resultante de que el método de coordinación abierta es regulado en el Tratado y en normas de *soft law*, respecto de materias no necesariamente coincidentes y sin que

coincidan en todas las disposiciones las mismas características<sup>1423</sup>. A ello habría que añadir que “el Tratado no supone una exacta formalización jurídica de la práctica existente en esta materia porque sigue habiendo ámbitos que no han sido recogidos en el nuevo Tratado y porque existen otros en los que lo dispuesto en la norma no traslada la entidad real del uso de este método”<sup>1424</sup>.

Por otro lado, llama la atención que el Tratado de Lisboa omitiese la referencia a la PESC dentro de este Título del TFUE dedicado al sistema competencial. De hecho, el Tratado Constitucional, en su art. I-16 hacía una mención (bien es cierto que de un modo genérico y declarativo) que Lisboa incorpora dentro de las disposiciones específicas sobre la PESC contenidas en el nuevo Tratado de la Unión Europea (arts. 24.1 y 24.3). En este sentido podría decirse que, si bien el Tratado lisboeta mantiene el cuadro general diseñado por el Tratado Constitucional, no es menos cierto que también incluye u omite cláusulas que, aunque sean simplemente con carácter simbólico y con escasa repercusión práctica, refuerzan el papel de los estados, como demuestra esta omisión en el esquema competencial de la PESC, posición que se ve confirmada con otras adiciones efectuadas por Lisboa en este campo, como el último inciso del art. 4.2 TUE<sup>1425</sup> o el nuevo apartado cuarto del art. 352 que veremos en unas líneas.

Además, fuera de este Título I dedicado a las competencias, pero dentro de las disposiciones de aplicación general (aplicable por tanto a todo el Tratado), el art. 7 TFUE dispone que “la Unión velará por la coherencia entre sus diferentes políticas y acciones, teniendo en cuenta el conjunto de sus objetivos y observando el principio de atribución de competencias”. Este precepto, que reproduce la previsión del art. III-115 TC no deja de ser sino la constatación expresa del binomio funcional/material en el que se sustentan las acciones de la Unión Europea.

<sup>1423</sup> *Vid.* ROBLES CARRILLO, Margarita: “El método abierto de coordinación tras el...”, p. 294. Esta profesora incluye, entre las bases del método de coordinación abierta, los siguientes preceptos que se recogerían en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea: en materia de empleo (art. 149), en política social (arts. 153, 156 y 160), en educación (art. 165), en formación profesional (art. 166), en salud pública (art. 168), en industria (art. 173) y en investigación y desarrollo tecnológico (art. 181), *vid. ibidem*.

<sup>1424</sup> *Ibidem*, p. 295.

<sup>1425</sup> Inciso que no figuraba en el Tratado Constitucional y que dispone que “en particular, la seguridad nacional seguirá siendo responsabilidad exclusiva de cada Estado miembro”.



Por lo que se refiere a la cláusula de flexibilidad prevista en el art. I-18 TC, continuaba lo dispuesto en el art. 308 TCE aunque dando más papel al Parlamento Europeo y prohibiendo la adopción de medidas de armonización cuando así lo dispongan los Tratados<sup>1426</sup>. Lisboa coloca este precepto fuera del Título dedicado a las competencias en lo que podríamos interpretar como otra señal de su velo, y añade un apartado nuevo por el que se prohíbe la utilización de este precepto en el ámbito de la Política Exterior y de Seguridad Común (art. 352.4 TFUE), algo no incorporado al frustrado Tratado Constitucional y que constata el giro estatalista del Tratado de Lisboa, al menos en el ámbito formal. Giro del que parece hacerse eco el Tribunal Constitucional alemán al considerar, en relación con el art. 352 TFUE, que “su uso implica por sí mismo una nueva atribución de competencias soberanas y, por tanto, lo somete a una reserva de ley”<sup>1427</sup> de modo que cada vez que la UE pretenda dictar un acto fundado en esa base jurídica, en Alemania se exigirá una ley que además necesitará el voto favorable del *Bundestag* y del *Bundesrat*<sup>1428</sup>.

En lo que respecta a las competencias ejecutivas, el Tratado de Lisboa mantiene gran parte de las innovaciones establecidas por el Tratado Constitucional, el cual en su Título V de la Parte I había diseñado un modelo de actos jurídicos de la Unión que diferenciaba entre actos legislativos y no legislativos y, sobre todo, preveía explícitamente la figura de los reglamentos delegados y de los actos de ejecución. No obstante, Lisboa, siguiendo la estrategia del velo ya apuntada anteriormente en este trabajo, trata de ocultar las referencias expresas a esta jerarquización de actos estrechamente vinculados al ejercicio de las competencias (lo que no ayuda a combatir el *micromanagement*), difuminándolos en el seno del TFUE<sup>1429</sup> y omitiendo su rúbrica en el articulado (en este caso, una decisión del Tratado de Lisboa para todos los preceptos).

<sup>1426</sup> *Vid.* art. 352.3 TFUE y, en una línea similar, el art. I-18.3 TC.

<sup>1427</sup> MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José: “Órdago...”, p. 128.

<sup>1428</sup> A juicio del profesor Nanclares, esta previsión resultaría desproporcionada en el actual contexto, *ibidem*.

<sup>1429</sup> Estarían regulados en el Capítulo 2, del Título I de la Sexta Parte (Disposiciones institucionales y financieras) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Sobre los actos y procedimientos normativos emanados del Tratado de Lisboa, *vid.* MILLÁN MORO, Lucía: “El ordenamiento jurídico comunitario: del Tratado Constitucional al Tratado de Lisboa”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 36, (2010), pp. 401-438.

Así, el art. 288 TFUE recoge las tipologías de actos jurídicos de la Unión establecidas en el art. I-33 TC, volviendo a la denominación anterior al Tratado Constitucional; el art. 289 TFUE hace mención a los actos legislativos (art. I-34 TC) y al procedimiento legislativo ordinario, cuya regulación se desarrolla por el art. 294; y el art. 290 TFUE recoge los actos delegados, omitiendo la mención “reglamentos” como consecuencia de la adaptación a la denominación de los actos jurídicos dada por Lisboa. Finalmente, el art. 291 TFUE dispone los criterios que regirán la ejecución de los actos de la Unión, siguiendo la estela del art. I-37 TC: principio general de ejecución por los estados miembros (art. 291.1); ejecución directa por las instituciones europeas<sup>1430</sup> de forma excepcional “cuando se requieran condiciones uniformes de ejecución” (art. 291.2), lo que hará necesario una previsión expresa cuyo alcance determinarán las normas de Derecho derivado; y facultades de control por parte de los estados de ese ejercicio directo de la ejecución de competencias por la Comisión a través de un reglamento adoptado por el procedimiento legislativo ordinario (art. 291.3).

Paralelamente, el Tratado de Lisboa no introduce variaciones sustantivas en relación con las competencias de carácter horizontal contempladas en los arts. 94 y 95 TCE, que se mantienen en los arts. 114 y 115 TFUE (aunque en orden invertido respecto al Tratado de la Comunidad Europea). De hecho, Lisboa recupera su ubicación formal como capítulo propio y la denominación de “aproximación de las legislaciones” que ya preveía el TCE y que había modificado el Tratado Constitucional<sup>1431</sup>, omitiendo la mención expresa al instrumento jurídico a utilizar en cada caso que preveía el texto constitucional<sup>1432</sup>. Por el contrario, el art. 2.5 TFUE mantiene la prohibición de armonización en el ámbito de las medidas de apoyo (reproduciendo lo dispuesto en el art. I-12.5 TC) e incluye una base jurídica nueva (art. 118 TFUE) relativa a la creación de títulos europeos con el fin de garantizar una protección uniforme de los derechos de

<sup>1430</sup> El órgano encargado de esa ejecución directa sería la Comisión, si bien correspondería al Consejo en los supuestos previstos en los arts. 24 y 26 TUE (relativos a la Política Exterior y de Seguridad Común), así como “en casos específicos debidamente justificados” (art. 291.2 TFUE).

<sup>1431</sup> Capítulo 3 (Aproximación de las legislaciones) del Título VII (Normas comunes sobre competencia, fiscalidad y aproximación de las legislaciones) de la Primera Parte del TFUE. En el Tratado Constitucional se incluían en la Sección 7 (Disposiciones comunes), dentro del Capítulo I (Mercado interior) del Título III (Políticas y acciones internas) de la Parte III.

<sup>1432</sup> Es cierto que, en puridad, el TFUE no hace una mención expresa al instrumento jurídico a emplear, pero sí al procedimiento legislativo; de esta forma, conforme a lo dispuesto en el art. 289 TFUE podemos aproximarnos al instrumento jurídico en cuestión, aunque sea a través de un mecanismo indirecto.

propiedad intelectual e industrial de la Unión, que también se había establecido en el art. III-176 TC.

De esta forma, las competencias horizontales siguen siendo uno de los principales ámbitos donde la labor del TJUE es fundamental, pues la determinación de los difusos márgenes que contienen estos preceptos dependerá en última instancia de la interpretación que haga. En este sentido, si antes finalizamos el apartado de este Capítulo dedicado a las competencias horizontales con un Tribunal de Justicia que ponía freno a la expansión de esta tipología competencial, como expone Weatherill<sup>1433</sup>, la jurisprudencia posterior de dicho Tribunal no ha ido en la misma dirección<sup>1434</sup>.

Finalmente, no podemos terminar esta aproximación al sistema competencial vertical diseñado por el Tratado de Lisboa sin hacer referencia a la potencial incidencia de las cooperaciones reforzadas en este ámbito, excluidas obviamente del marco de las competencias exclusivas de la Unión<sup>1435</sup>. Cooperaciones reforzadas reguladas en el Título IV del Tratado de la Unión Europea (art. 20) y en el Título III de la Sexta Parte del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (arts. 326-334). Es oportuno reseñar que se mantiene la regulación diseñada por el Tratado Constitucional con pequeñas variaciones: el número mínimo de estados necesario pasa a fijarse en nueve

<sup>1433</sup> Vid. WEATHERILL, Stephen: “The Limits of Legislative Harmonization Ten Years after *Tobacco Advertising*: How the Court’s Case Law has become a “Drafting guide””, *German Law Journal*, vol. 12, nº 3, (2011), pp. 827-864. Este autor compara el carácter polivalente dado por el Tribunal de Justicia al art. 114 TFUE con la cláusula de comercio de los Estados Unidos, que posibilitó la ampliación de las competencias federales, fundamentalmente a través de la acción del Tribunal Supremo.

<sup>1434</sup> Así, la confusión sobre la utilización de las competencias horizontales se volvería a acrecentar cuando el Tribunal de Justicia validó, en su sentencia de 12 de julio de 2005, *Alliance for Natural Health/Secretary of State for Health*, asunto C-154/04 (más el asunto acumulado C-155/04) la Directiva 2002/46 sobre complementos alimenticios, recogiendo la propia sentencia que “dejar a los Estados miembros la tarea de regular el comercio de los complementos alimenticios que no cumplen la Directiva 2002/46 significaría perpetuar la evolución divergente de las normativas nacionales y, por tanto, los obstáculos a los intercambios comerciales entre Estados miembros y las distorsiones de la competencia en relación con dichos productos”. Esta interpretación por parte del TJUE de las competencias horizontales, dinámica y variable en función de las circunstancias, se confirmó con el aval del Tribunal de Luxemburgo a la Directiva 2006/24 sobre protección de datos en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, en su sentencia de 10 de febrero de 2009, *Irlanda/Parlamento Europeo y Consejo*, asunto C-301/06, donde expresamente dice que “se evidencia que las diferencias entre las distintas legislaciones nacionales adoptadas en materia de conservación de los datos relativos a las comunicaciones electrónicas podían afectar directamente al funcionamiento del mercado interior [...]”. Dicha situación justificaba que el legislador comunitario adoptase normas armonizadas con objeto de proteger el buen funcionamiento del mercado interior”, o en la posterior sentencia de 8 de junio de 2010, *Vodafone, O2 et alii/Secretary of State*, asunto C-58/08 donde el TJUE validó el Reglamento 717/2007 relativo al *roaming* telefónico aceptando una especie de armonización preventiva.

<sup>1435</sup> Vid. art. 20.1 TUE. Como es lógico, si la Unión tiene una competencia exclusiva, ya no es posible reforzar el proceso de integración en ese ámbito.

(frente al tercio previsto en el Tratado Constitucional, lo que con la cifra actual de miembros de la Unión no supone variación alguna, pero sí en caso de futuras ampliaciones) y la definición de la mayoría cualificada se remite a lo dispuesto en el art. 238 TFUE para el Consejo, a diferencia de lo previsto en el art. I-44 TC que definía en su articulado dicha mayoría.

No obstante, y desde el punto de vista que nos interesa en este momento, “las cooperaciones reforzadas no alteran el sistema de atribución de competencias comunitario, ni los procedimientos de adopción de decisiones en cada ámbito competencial”<sup>1436</sup>, por lo que “el recurso a la cooperación reforzada no reforma las bases jurídicas, que siguen constituyendo el fundamento y el límite para la acción de la Unión en esos ámbitos”<sup>1437</sup>. En esta línea habrían de entenderse, por tanto, las explícitas referencias a que los actos que se adopten en el marco de una cooperación reforzada sólo vincularán a los que participen en ella y no se considerarán acervo que deban aceptar los candidatos a una futura adhesión a la Unión<sup>1438</sup>, respetando las competencias, los derechos y las obligaciones de aquellos estados que no participen en ellas<sup>1439</sup>. Ahora bien, no siempre es fácil conseguir el equilibrio necesario en el empleo de este instrumento que, por un lado, puede facilitar avances más rápidos en la integración pero, por otro, tiene el riesgo latente de facilitar una Europa a varias velocidades.

En otro orden de cosas, debemos destacar que en el precepto que el Tratado de la Unión Europea emanado de Lisboa dedica a los procedimientos de revisión (art. 48), se establece un inciso por el que dichos proyectos “podrán aumentar o reducir las competencias atribuidas a la Unión en los Tratados” (art. 48.2 TUE)<sup>1440</sup>; adición que no se recogía en su homólogo del Tratado Constitucional (art. IV-443). En este sentido, Nanclares considera “inaudito que un sistema de competencias, basado en un proceso de

<sup>1436</sup> HINOJOSA MARTÍNEZ, Luis Miguel: *El reparto de...*, p. 315.

<sup>1437</sup> *Ibidem*, p. 316.

<sup>1438</sup> *Vid.* art. 20.4 TUE.

<sup>1439</sup> *Vid.* art. 327 TFUE.

<sup>1440</sup> *Vid. Declaración n° 18 relativa a la delimitación de competencias*: “De igual modo, los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, reunidos en una Conferencia intergubernamental, podrán decidir con arreglo al procedimiento de revisión ordinario previsto en los apartados 2 a 5 del artículo 48 del Tratado de la Unión Europea, modificar los Tratados en los que se fundamenta la Unión, incluso para aumentar o reducir las competencias atribuidas a la Unión en dichos Tratados”.

integración cuyo sustento ha sido tradicionalmente el principio básico del mantenimiento íntegro del acervo comunitario [...] se plantee -y, lo que es más grave, plasme por escrito en su articulado- la posibilidad de retroceder en el nivel de competencias atribuidas por los Estados miembros a la Unión”<sup>1441</sup>, si bien, es evidente que dicho inciso parece enmarcarse más en un *brindis al sol* que en una cláusula real para el proceso competencial, debido al complejo procedimiento (unanimidad) para llevarlo a la práctica<sup>1442</sup>. Por lo tanto, aunque esta opción no nos satisfaga, tampoco creemos que pueda poner en peligro el proceso de integración y, además, no debemos olvidar que la muy europeísta *Declaración de Laeken* mencionaba esta posibilidad<sup>1443</sup>.

En el debe, a nuestro juicio, estaría la ya comentada falta de regulación única, la posibilidad (remota pero prevista explícitamente) de reducir las competencias de la Unión y la eliminación del principio de primacía del texto consolidado emanado de Lisboa, a diferencia de la previsión expresa contemplada en el art. I-6 del Tratado Constitucional. La primacía, no obstante, sigue siendo uno de los principios auténticamente esenciales del Derecho Comunitario, tal y como recogía la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo desde la década de los sesenta del siglo pasado, de conformidad con lo establecido en la propia *Declaración n° 17* anexa al Tratado de Lisboa<sup>1444</sup>.

Esta supresión, efectuada con la finalidad de evitar nuevas dificultades en el proceso de ratificación estatal del Tratado de Lisboa, representa uno de los ejemplos

<sup>1441</sup> MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José: “La nueva regulación...”, p. 280.

<sup>1442</sup> *Vid. ibidem*.

<sup>1443</sup> Dentro del epígrafe titulado “Un mejor reparto y definición de las competencias en la Unión Europea”, recogía que “conviene aclarar el reparto de competencias entre la Unión y los Estados miembros, simplificarlo y ajustarlo a la vista de los nuevos desafíos ante los que se encuentra la Unión. Ello puede suponer la devolución de cometidos a los Estados miembros, la asignación de más funciones a la Unión o la ampliación de competencias existentes, sin perder nunca de vista la igualdad de los Estados miembros y su solidaridad mutua”.

<sup>1444</sup> Dicha *Declaración* recoge que “la Conferencia recuerda que, con arreglo a una jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, los Tratados y el Derecho adoptado por la Unión sobre la base de los mismos priman sobre el Derecho de los Estados miembros, en las condiciones establecidas por la citada jurisprudencia”. Además, en la citada *Declaración n° 17* se incorpora el dictamen del Servicio Jurídico del Consejo sobre la primacía de 22 de junio de 2007, que concibe a la primacía como “un principio fundamental del Derecho comunitario” y establece que “según el Tribunal de Justicia, este principio es inherente a la naturaleza específica de la Comunidad Europea. En el momento de la primera sentencia de esta jurisprudencia constante (*Costa/ENEL*, 15 de julio de 1964, asunto 6/64) el Tratado no contenía mención alguna a la primacía, y todavía hoy sigue sin contenerla. El hecho de que el principio de primacía no esté incluido en el futuro Tratado no cambiará en modo alguno la existencia de este principio ni la jurisprudencia existente del Tribunal de Justicia”.

más claros del velo que el Tratado rubricado en la capital portuguesa implica<sup>1445</sup>. Y ello porque no se puede obviar que la eliminación del art. I-6 TC tiene y produce efectos en el modelo político de la Unión, produciéndose la paradoja de que “el ciudadano se ve obligado por un Derecho cuya vinculatoriedad no se afirma en el Tratado que es el fundamento de la Unión Europea”<sup>1446</sup>.

En definitiva, el Tratado de Lisboa supone, en esencia, una explicitación del sistema de competencias preexistente, aportando transparencia (aunque menos que el Tratado Constitucional) sin menoscabo de la eficacia, en la línea de lo reflejado en su momento por la *Declaración n° 23* anexa al Tratado de Niza y la *Declaración de Laeken*. Además, la categorización de competencias que se establece no es rígida, sino flexible y modulable en función de las circunstancias, siendo “compatible con la definición por objetivos del actual sistema”<sup>1447</sup>. Sobre la valoración del marco competencial volveremos en el último epígrafe de este Capítulo.

#### B. Innovaciones y aplicación del Tratado de Lisboa en el escenario competencial

En este epígrafe nos centraremos fundamentalmente en las modificaciones que el Tratado lisboeta efectúa en el mecanismo de alerta temprana que, en este caso, tendrán un profundo alcance con el establecimiento de la *red card* a la que luego nos referiremos. Como consecuencia de ello, veremos los primeros pasos que se fueron dando en los diferentes estados de la Unión respecto a la aplicación de este mecanismo, haciendo especial referencia al caso español y al papel de las comunidades autónomas en el mismo.

<sup>1445</sup> Los profesores Aldecoa y Guinea consideran que “no tiene ningún efecto práctico salvo el de ocultar al ciudadano europeo la verdadera naturaleza de la Unión”, ALDECOA LUZÁRRAGA, Francisco - GUINEA LLORENTE, Mercedes: *La Europa que viene...*, p. 113. Ahora bien, como hemos expuesto en el Capítulo Segundo, la no explicitación de la primacía puede facilitar que los tribunales constitucionales de los estados mantengan ciertas construcciones jurídicas vinculadas a este principio; del mismo modo, nos remitimos a la problemática expuesta en materia de aplicabilidad y control jurisdiccional del Derecho Comunitario.

<sup>1446</sup> *Ibidem*, p. 114.

<sup>1447</sup> *Ibidem*, p. 191.

## 1. Refuerzo del sistema de alerta temprana

En el Capítulo Tercero ya nos referimos a que el nuevo TUE emanado del Tratado de Lisboa consagra un precepto de nueva factura, el art. 12, que sin aportar nada realmente novedoso en relación al sistema previsto en el Tratado Constitucional, enumera en un único artículo las funciones de los Parlamentos Nacionales en la arquitectura europea, conectándolas con el control del principio de subsidiariedad: ser informados y recibir los proyectos de actos legislativos de la Unión (letra a), velar porque se respete el principio de subsidiariedad (letra b) y participar en la cooperación interparlamentaria entre los Parlamentos Nacionales y el Parlamento Europeo (letra f).

Para dicho control, la Convención Europea primero y el Tratado Constitucional después, habían creado un novedoso mecanismo, el sistema de alerta temprana o *early warning system*. El Tratado de Lisboa, al igual que el frustrado Tratado Constitucional, recoge este mecanismo en el art. 3 del *Protocolo sobre el cometido de los Parlamentos Nacionales en la Unión Europea*, remitiendo su regulación a lo dispuesto en el *Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad*. No obstante, el Tratado de Lisboa introduce en este instrumento dos modificaciones, de las cuales la primera tendría un carácter menor, y la segunda sería de gran calado, pudiendo incluso alterar la naturaleza del sistema.

En primer lugar, el Tratado de Lisboa amplía de seis a ocho semanas el plazo del que disponen los Parlamentos Nacionales para elaborar el dictamen motivado sobre la disconformidad del proyecto de acto legislativo con el principio de subsidiariedad (art. 6 PSP)<sup>1448</sup> ante las dificultades para cumplir con el plazo previsto en el Tratado Constitucional que se habían empezado a detectar en las experiencias “piloto”<sup>1449</sup> sobre el sistema de alerta temprana efectuadas con anterioridad a su entrada en vigor. En este sentido, sin tratarse de una modificación sustancial en cuanto a la naturaleza del mecanismo, si puede ser un cambio positivo que permita paliar las dificultades que

---

<sup>1448</sup> Vid. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José: “La nueva regulación...”, p. 286.

<sup>1449</sup> Situación que todavía se agravaba más en los estados compuestos, como España, donde también había que articular la participación de los Parlamentos regionales con competencias legislativas. Sobre esto volveremos más adelante.

podieran existir en algunos Parlamentos estatales para elaborar el correspondiente dictamen<sup>1450</sup>.

El segundo cambio introducido en el sistema de alerta temprana por Lisboa supone una alteración sustancial. En el Tratado Constitucional la suma de al menos un tercio de los votos atribuidos a los Parlamentos Nacionales tenía como consecuencia que el proyecto de acto jurídico cuyo respeto del principio de subsidiariedad estaba en duda tenía que volverse a estudiar, tras lo cual se podía mantener, modificar o retirar el proyecto con la consiguiente motivación. Ahora bien, Lisboa introduce además la posibilidad de que si una mayoría de Parlamentos Nacionales presenta un dictamen motivado al Consejo y al Parlamento Europeo acerca del incumplimiento del principio de subsidiariedad y dicho dictamen recibe el apoyo de un 55% del Consejo o de una mayoría de votos en el Parlamento, la Comisión queda obligada a retirar su propuesta (art. 7.3 PSP)<sup>1451</sup>. La consecuencia de ello sería que la Comisión ceda al legislador de la Unión (Parlamento Europeo y Consejo) “su *papel-llave* para mantener la propuesta y con ello evitar la paralización del procedimiento legislativo”<sup>1452</sup>, bastando el acuerdo de cualquiera de las dos instituciones que conforman el legislativo europeo (por tanto, no es necesario el apoyo conjunto de las dos).

Se pasa pues de una tarjeta amarilla a la posibilidad de utilizar una tarjeta roja (*red card*) que impediría fructificar la propuesta legislativa<sup>1453</sup>. Esta innovación introducida por Lisboa en el de por sí novedoso mecanismo de alerta temprana, ha

<sup>1450</sup> Vid. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José: “La nueva regulación...”, p. 286.

<sup>1451</sup> Conviene hacer notar que este art. 7.3 hace mención únicamente a la Comisión, omitiendo la referencia que se hace en otras partes del mismo artículo a otros posibles autores de proyectos de actos legislativos. La Comisión, como dice Nanclares “ciertamente es la que en la aplastante mayoría de supuestos ostenta el monopolio de iniciativa legislativa, mas no se termina de entender por qué el nuevo mecanismo de control en este particular aspecto hace referencia únicamente a la Comisión, mientras que en todos los demás apartados del Protocolo (incluido el del dictamen negativo de un tercio de votos) se sigue refiriendo a todas las instituciones o grupo de Estados que en supuestos muy concretos también tienen potestad para presentar un proyecto de acto legislativo”, MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José: “La nueva regulación...”, p. 287.

<sup>1452</sup> *Ibidem*.

<sup>1453</sup> Vid. ALDECOA LUZÁRRAGA, Francisco - GUINEA LLORENTE, Mercedes: *La Europa que viene...*, pp. 122-123. En idéntico sentido se pronuncia el profesor Nanclares, apuntando que “esto ya no es un sistema de *tarjeta amarilla* a la Comisión, sino claramente la posibilidad de poder recibir *tarjeta roja* y además sin posibilidad de revisión o anulación por ningún «comité de competición», MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José: “La nueva regulación...”, p. 287. Como advierte el profesor Hinojosa, cabría preguntarse “por el conflicto de legitimidades democráticas que podría plantearse si el Parlamento Europeo se pronuncia en contra de las posiciones expresadas por un grupo de Parlamentos Nacionales que representen a un porcentaje significativo o incluso mayoritario de la población de la Unión”, HINOJOSA MARTÍNEZ, Luis Miguel: *El reparto de...*, p. 197.



incrementado la polémica doctrinal entre quienes defienden este instrumento al considerarlo útil para el fortalecimiento del control democrático y la legitimación de la Unión Europea, y aquellos que la rechazan ante el temor de que pueda ralentizar y complicar el proceso de toma de decisiones sin que suponga corregir el déficit democrático, existiendo la posibilidad de que los Parlamentos Nacionales se pronuncien más sobre la oportunidad de una regulación que sobre la propia subsidiariedad<sup>1454</sup>. Desde nuestra óptica, esta tarjeta roja podría estimular una participación más efectiva de los legislativos estatales en el control de la subsidiariedad, ya que con la simple tarjeta amarilla podían no tener suficientes incentivos para implicarse en dicho control; además, las condiciones para que se llegue al veto son difíciles de conseguir, tanto por la mayoría de Parlamentos Nacionales necesaria como por el aval suplementario que precisarían del Parlamento Europeo o del Consejo, por lo que el riesgo de bloqueo legislativo sería reducido.

## 2. Puesta en marcha del control de la subsidiariedad por los Parlamentos Nacionales. El caso español

Como consecuencia de la creación del mecanismo de alerta temprana por el Tratado Constitucional, gran parte de los estados de la Unión llevaron a cabo trabajos preparatorios de cara a la entrada en vigor de este innovador instrumento<sup>1455</sup>.

---

<sup>1454</sup> Vid. ALDECOA LUZÁRRAGA, Francisco - GUINEA LLORENTE, Mercedes: *La Europa que viene...*, pp. 123-124. Especialmente crítico con la nueva versión del mecanismo de alerta temprana establecido por el Tratado de Lisboa es Nanclares, apuntando tres razones para ello: conllevaría la ruptura del equilibrio logrado en la Convención y en la CIG de 2004 con el fin de lograr una participación efectiva de los Parlamentos Nacionales en el control político de la subsidiariedad sin alterar el equilibrio institucional comunitario; implicaría igualmente acrecentar la ruptura del monopolio de iniciativa legislativa que tradicionalmente ostentaba la Comisión; y finalmente podría suponer que algunos Parlamentos Nacionales tuvieran la tentación de aprovechar este mecanismo para introducir criterios de oportunidad política contra el acto en cuestión, en vez de limitarse al control de la subsidiariedad, vid. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José: "La nueva regulación...", p. 288. El mismo profesor va más allá y expone que esta tarjeta roja no sería resultado de la petición de los propios Parlamentos Nacionales sino de los Jefes de Estado y de Gobierno, ya que en las reuniones del Encuentro Interparlamentario Parlamento Europeo-Parlamentos Nacionales no se había propuesto una reforma en este sentido e, incluso, en la sesión de 11 y 12 de junio de 2007, se habían pronunciado en contra de cualquier alteración del mecanismo de alerta temprana, configurado conforme a lo dispuesto por el Tratado Constitucional, vid. *ibidem*.

<sup>1455</sup> Destaca el informe elaborado por la Cámara de los Lores británica, *House of Lords-European Union Comité: Strengthening national parliamentary scrutiny of the EU-the Constitution's subsidiarity earlywarning mechanism*, London, 2005. Holanda, por su parte, aprobó crear en su Parlamento Nacional una Comisión Mixta *ad hoc* para el control de la subsidiariedad, vid. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José: "La nueva regulación...", p. 289.

De esta manera, en el año 2005 se creó en España un Grupo de Trabajo específico para estudiar la aplicación del sistema de alerta temprana en el seno de la Comisión Mixta Congreso-Senado sobre la Unión Europea que, tras más de dos años de trabajos en los que se tendrían en cuenta las modificaciones introducidas en el modelo por el Tratado de Lisboa, elaboraría un informe sobre la aplicación en España de las disposiciones previstas en el *Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad*<sup>1456</sup>, siendo aprobado por la Comisión Mixta el 18 de diciembre de 2007.

En dicho informe, se mencionan dos experiencias “piloto” en las que participó España en relación con la aplicación práctica del mecanismo de alerta temprana, aun antes de la rúbrica del Tratado de Lisboa: la primera, en la primavera de 2005 tomando como base una propuesta de la Comisión en materia ferroviaria, contando con la presencia de treinta y una cámaras legislativas; la segunda, en el otoño de 2006 tenía como referencia, por un lado, una propuesta de reforma del Reglamento relativo a las reglas y jurisdicción aplicables en materia de Derecho de familia en la que participaron veintidós cámaras de diecisiete estados, y por el otro, la propuesta de modificación de la Directiva relativa a la conclusión del mercado interior de los servicios postales, que contó con la participación de veintiséis cámaras de veinte estados miembros<sup>1457</sup>.

Lo importante sería que estas experiencias “piloto” constatarían algunas dificultades que el mecanismo de alerta temprana planteaba en la práctica: el plazo de seis semanas del que disponían los Parlamentos Nacionales para elaborar el dictamen motivado sobre la disconformidad del proyecto de acto legislativo con el principio de subsidiariedad en el Tratado Constitucional era demasiado corto<sup>1458</sup>, lo que llevó, como

<sup>1456</sup> *Informe relativo a la aplicación por las Cortes Generales del Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad que acompaña al Tratado de Lisboa firmado el 13 de diciembre de 2007*, *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, serie A, nº 474, 4 de enero de 2008.

<sup>1457</sup> *Vid.* MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José: “La nueva regulación...”, p. 290. En el año 2009 España participó en otra experiencia “piloto” sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y los actos auténticos en materia de sucesiones y la creación de un certificado sucesorio europeo, finalizada ya con el Tratado de Lisboa en vigor y con el pronunciamiento favorable de las Cortes, después de recibir los informes de los Parlamentos autonómicos de Canarias, Galicia, Navarra, País Vasco, Aragón, Murcia, Asturias, Castilla-La Mancha, Cantabria y Cataluña, al considerar que la propuesta comunitaria respetaba el principio de subsidiariedad, *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, nº 242, 22 de diciembre de 2009.

<sup>1458</sup> Como apunta Nanclares, “de las veintidós y veintiséis cámaras que participaron en las experiencias piloto de 2006 tan sólo once cámaras en el caso de la propuesta en materia de Derecho de Familia y diez

ya comentamos anteriormente, a su ampliación en dos más hasta alcanzar las ocho semanas.

Además, se ha puesto en marcha un sistema de intercambio de información interparlamentaria de la Unión Europea (IPEX) que, a través de una página web aporta información actualizada del estado de análisis y seguimiento de las propuestas de la Unión susceptibles de ser objeto de control de subsidiariedad, con el objeto de reducir el desconocimiento que unos Parlamentos Nacionales tenían de las actuaciones de otros en este campo<sup>1459</sup>.

Por lo tanto, la puesta en práctica de experiencias “piloto” sobre el *early warning system* antes de que éste entrara en vigor ha sido positiva, contribuyendo a solventar algunas dificultades técnicas (de plazos para emitir los informes, de retraso en las traducciones, o de falta de comunicación entre Parlamentos Nacionales) y, ello a pesar de la inicial oposición de instituciones como la Comisión Europea<sup>1460</sup> que, tras esta fase de pruebas, empezó a aplicar alguno de los principios de este mecanismo desde septiembre de 2006 (más de un año antes de la rúbrica del Tratado de Lisboa), remitiendo directamente sus propuestas legislativas a los Parlamentos Nacionales y comprometiéndose a responder motivadamente ante las observaciones que los legislativos estatales hagan de las propuestas legislativas comunitarias<sup>1461</sup>.

En base al informe aprobado en la Comisión Mixta y con la experiencia que proporcionaban las pruebas “piloto” efectuadas con anterioridad, las Cortes aprobaron en diciembre de 2009 la Ley que modificaba la Comisión Mixta para la Unión Europea<sup>1462</sup>. De esta manera, y de conformidad con lo dispuesto en el *Protocolo sobre*

---

en el caso de los servicios postales lograron enviar sus informes dentro del plazo prescrito”, MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José: “La nueva regulación...”, p. 291.

<sup>1459</sup> Vid. *ibidem*, p. 292. Esta página web ([www.ipex.eu](http://www.ipex.eu)) estaría operativa de forma permanente desde junio de 2006, abriéndose al año siguiente a todo el público y no sólo a las cámaras legislativas estatales. Como recuerda el profesor Nanclares, los veintisiete Parlamentos Nacionales de la Unión se han integrado en este sistema, así como algunos estados que han solicitado su adhesión (Turquía, Croacia o Macedonia) y el propio Parlamento Europeo, mientras que la COSAC y el Centro Europeo para la Investigación y Documentación Parlamentaria están asociados al mismo, *ibidem*.

<sup>1460</sup> No sólo de la Comisión, ya que el *Bundestag* alemán no participó en la primera experiencia “piloto” de 2005.

<sup>1461</sup> Vid. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José: “La nueva regulación...”, p. 292.

<sup>1462</sup> Vid. Ley 24/2009, de 22 de diciembre, de modificación de la Ley 8/1994, de 19 de mayo, por la que se regula la Comisión Mixta para la Unión Europea, para su adaptación al Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007.

*la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad*, esta Ley atribuye a la Comisión Mixta compuesta por diputados y senadores<sup>1463</sup>, la potestad de emitir en nombre de las Cortes Generales esos dictámenes motivados sobre la vulneración del principio de subsidiariedad (art. 5.1 de la Ley), sin perjuicio de que los Plenos del Congreso de los Diputados y del Senado puedan avocar el debate y la votación del dictamen elaborado por la Comisión Mixta para la Unión Europea, en los términos que prevean los respectivos Reglamentos de las cámaras (art. 5.2).

Paralelamente, se otorga también a la Comisión Mixta la potestad de solicitar del gobierno la interposición ante el Tribunal de Justicia de un recurso de anulación contra un acto legislativo europeo por infracción del principio de subsidiariedad, potestad que deberá ejercer en el plazo máximo de seis semanas desde la publicación oficial del acto legislativo europeo (art. 7.2). No obstante, el gobierno podrá descartar, de forma motivada, la interposición del recurso de anulación solicitado por alguna de las cámaras o por la Comisión Mixta para la Unión Europea, decisión que deberá justificarse mediante la comparecencia del gobierno ante la Comisión Mixta para la Unión Europea, cuando ésta así lo solicite (art. 7.3).

Finalmente, en el art. 8 se regularían otros procedimientos de participación de los legislativos estatales en los actos de la Unión Europea previstos por el Tratado de Lisboa relativos a la oposición a determinadas iniciativas que puede tomar el Consejo Europeo de modificación de las reglas sobre mayorías y procedimientos previstas conforme al art. 48.7 TUE<sup>1464</sup>.

Las actuaciones venideras permitirán comprobar el funcionamiento y utilidad práctica de este instrumento, plenamente vigente con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. En este sentido, resulta significativa la valoración efectuada por la Comisión Europea en relación con la puesta en marcha del mecanismo de alerta temprana y el

<sup>1463</sup> El art. 2 de la Ley que regula la Comisión dispone que “la Comisión Mixta para la Unión Europea estará compuesta por el número de diputados y senadores que establezcan las Mesas de las Cámaras en sesión conjunta, al inicio de cada Legislatura, garantizando, en todo caso, la presencia de todos los Grupos Parlamentarios. Sus miembros serán designados por los Grupos Parlamentarios en proporción a su importancia numérica en las respectivas Cámaras”. Además, los acuerdos, para ser válidos, deberán ser aprobados por la mayoría simple de los miembros presentes de la Comisión.

<sup>1464</sup> El art. 8.3 dispone que “el mismo procedimiento será aplicable a la oposición de las Cortes Generales a las decisiones del Consejo relativas a la determinación de los aspectos del Derecho de familia con implicaciones transfronterizas que puedan ser objeto de actos adoptados mediante el procedimiento legislativo ordinario con arreglo a lo dispuesto en el art. 81.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea”.

control del principio de subsidiariedad, a través de una respuesta parlamentaria el pasado 12 de octubre de 2011<sup>1465</sup>. En ella, la Comisión valoraba positivamente el funcionamiento de dichos mecanismos, destacando la importancia de las experiencias “piloto” previas a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. En concreto, expone que a finales de septiembre de 2011, la Comisión había enviado a los Parlamentos Nacionales 139 proyectos normativos en el ámbito del mecanismo de control de la subsidiariedad, y había recibido de los mismos un total de 61 dictámenes motivados indicando la vulneración del principio de subsidiariedad; sin embargo, en ningún caso se han tenido que activar las tarjetas amarilla o roja (en este caso, la Comisión habla de tarjeta naranja) previstas en el Protocolo<sup>1466</sup>.

### C. Desarrollo del papel de las entidades subestatales en el marco competencial

El proceso de integración comunitaria, con el progresivo incremento de competencias por parte de las instituciones de la Unión Europea, supuso también que en los estados dotados de una estructura política descentralizada, como España, la Unión pudiera llegar “a alterar el reparto constitucional interno de competencias en algunos Estados miembros, ya que los gobiernos centrales, a través de su participación en el Consejo, pueden conseguir una influencia en la toma de decisiones sobre temas que, en la distribución material interna de competencias, corresponden a las regiones”<sup>1467</sup>.

<sup>1465</sup> La pregunta, presentada el 4 de octubre por los *eurodiputados* Michael Theurer, Alexandra Thein, Silvana Koch-Mehrin y Andrew Duff, decía lo siguiente: “Desde el 1 de diciembre de 2009, los Parlamentos de los Estados miembros tienen derecho a notificar al Presidente de la Comisión que, a su juicio, un determinado acto legislativo de la UE no respeta el principio de subsidiariedad. 1. ¿Está la Comisión convencida de que la calidad de las respuestas es consistente? 2. ¿Con qué estructuras internas cuenta la Comisión para los dictámenes motivados? ¿De qué recursos (humanos) dispone al respecto la Comisión? 3. ¿Qué relaciones institucionales existen entre la Comisión y el Comité de las Regiones (CDR) respecto del tratamiento de las cuestiones relativas a la subsidiariedad? - ¿Cómo entiende la Comisión la función de las autoridades regionales subnacionales y del CDR en la aplicación del principio de subsidiariedad? - Por lo que se refiere a las redes de seguimiento de la subsidiariedad en el CDR, ¿qué posibilidades ve la Comisión de establecer relaciones de cooperación con las autoridades regionales que tienen competencias legislativas?”.

<sup>1466</sup> En todo caso, la Comisión reconoce que a los Parlamentos Nacionales les gustaría ver una justificación más exhaustiva de la subsidiariedad en sus propuestas normativas.

<sup>1467</sup> HINOJOSA MARTÍNEZ, Luis Miguel: *El reparto de...*, p. 324. El mismo autor recalca que “no se trata de una cuestión baladí si se tiene en cuenta que más de la mitad de la población de la antigua UE de quince EEMM vivía en regiones con competencias legislativas autónomas” y que “la propia Comisión estima que entre el 70 y el 80% de los programas comunitarios son gestionados por las colectividades territoriales de los EEMM”, *ibidem*, pp. 325-326.

Como ya quedó reflejado en el Capítulo Segundo, el Tratado Constitucional supuso un salto cualitativo en relación con el hasta entonces limitado papel de las entidades subestatales en la Unión Europea. Conviene recordar que el art. I-5 TC hacía un reconocimiento de la dimensión regional con carácter general, ya que, al respeto a la identidad nacional de los estados, se añadía expresamente el de la autonomía local y regional. Además, y vinculado directamente con el modelo competencial y el principio de subsidiariedad, el Tratado Constitucional institucionalizó su participación en los procesos de decisión de la Unión.

El Tratado de Lisboa mantiene todos estos avances sin ninguna alteración significativa, lo que, a juicio de Aldecoa supone “la explicitación del sistema político multinivel de la Unión Europea y la explicitación de su carácter federal, donde el poder se reparte entre diferentes niveles de decisión y gestión”<sup>1468</sup>.

De esta forma, el art. 4.2 TUE traslada la mención prevista en el apartado primero del art. I-5 TC, lo que implica un reconocimiento político expreso de la existencia de niveles subregionales en los estados miembros<sup>1469</sup>.

Además, como acabamos de mencionar, el Tratado Constitucional otorgaba un relevante papel a las entidades subestatales en relación con el principio de subsidiariedad. Así, Lisboa incorpora en el art. 5.3 TUE el inciso relativo al “nivel regional y local” incluido en la definición del principio de subsidiariedad que ya había previsto el Tratado Constitucional en el art. I-11.3. Por su parte, el *Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad* anexo al Tratado de Lisboa, mantiene los cauces de participación regional previstos en la frustrada Constitución Europea: antes de proponer un acto legislativo, la Comisión realizará amplias consultas en las que deberá tomar en consideración, cuando proceda, la dimensión regional y local de las acciones previstas (art. 2 PSP)<sup>1470</sup>; la ficha de subsidiariedad deberá tener en cuenta la legislación regional a la hora de elaborar las

<sup>1468</sup> ALDECOA LUZÁRRAGA, Francisco - GUINEA LLORENTE, Mercedes: *La Europa que viene...*, p. 114.

<sup>1469</sup> *Vid. ibidem*, p. 114.

<sup>1470</sup> A juicio de Pérez González, la realización de estas consultas “no es una provisión de gran alcance, pero de alguna manera advierte al órgano «motor» del proceso legislativo ordinario sobre la necesidad de contar con los puntos de vista de esas entidades”, conforme a lo dispuesto en el *Libro Blanco sobre la Gobernanza Europea* elaborado por la Comisión, PÉREZ GONZÁLEZ, Manuel: “La incidencia del principio de subsidiariedad...”, p. 304. Al igual que en el Tratado Constitucional, la Comisión, de forma motivada y en casos de urgencia excepcional, podría omitir dichas consultas.

directivas, así como la carga financiera o administrativa que recaiga sobre las autoridades regionales o locales (art. 5 PSP); dentro del sistema de alerta temprana, se abre la vía de la consulta a los Parlamentos regionales con competencias legislativas, aunque conservando el esquema previsto en el Tratado Constitucional de dejar en manos de los Parlamentos Nacionales dicha posibilidad (art. 6 PSP); y se legitima al Comité de las Regiones, respecto de los actos legislativos para cuya adopción el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea establece que sea consultado, para recurrir ante el Tribunal de Luxemburgo sobre la base del incumplimiento del principio de subsidiariedad (art. 8 PSP).

Finalmente, a través del mecanismo de la iniciativa popular previsto en el art. 11.4 TUE (y anteriormente en el art. I-47.4 TC), las regiones dispondrían de una vía indirecta para la introducción de cuestiones de su interés en la agenda política de la Unión<sup>1471</sup>.

Todo ello supone, a nuestro juicio, que el Tratado de Lisboa consagra los pasos dados por el Tratado Constitucional hacia el reconocimiento del fenómeno regional o subestatal en la Unión Europea, lo que implica un avance en el modelo regional europeo dando respuesta positiva a muchas de las exigencias de participación de las propias regiones.

De todas formas, no se ha progresado en algunas cuestiones trascendentes que ya reflejamos en el Capítulo Segundo: la falta de elevación de rango del Comité de las Regiones, que sigue sin tener el reconocimiento formal de institución<sup>1472</sup>, mantiene su heterogénea composición (combinando regiones con poderes legislativos, regiones que

---

<sup>1471</sup> Como explica Aldecoa, “dado el fuerte activismo de alguna de las regiones más fuertes de Europa y, además, la práctica de colaboración entre ellas, no es difícil que pudieran conseguir varias de ellas las firmas necesarias, pertenecientes a distintos Estados miembros para demandar de la Comisión la presentación de determinadas iniciativas legislativas que respondan a sus intereses”, ALDECOA LUZÁRRAGA, Francisco - GUINEA LLORENTE, Mercedes: *La Europa que viene...*, p. 115.

<sup>1472</sup> El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea configura al Comité de las Regiones (y también al Comité Económico y Social) como órganos consultivos de la Unión que asisten al Parlamento Europeo, al Consejo y a la Comisión ejercitando funciones consultivas (art. 300 TFUE). De la misma forma que había previsto el Tratado Constitucional, Lisboa amplía de cuatro a cinco años el mandato de sus miembros (art. 305 TFUE) y el del Presidente y la Mesa, pasan de dos a dos años y medio (art. 306 TFUE).

no los tienen y entidades locales)<sup>1473</sup> y carece de funciones que vayan más allá del ámbito consultivo; se niega la posibilidad de un recurso individual de las regiones ante el Tribunal de Luxemburgo por incumplimiento del principio de subsidiariedad; y el funcionamiento de determinados mecanismos favorecedores de la participación regional, como la presencia de representantes regionales en el Consejo de Ministros o el sistema de alerta temprana, seguirá estando, en última instancia, en manos del poder central de cada Estado miembro.

En este sentido, como expone el profesor Pérez González “la activación de este particular mecanismo de consulta potestativa contemplado en el artículo 6 del Protocolo requiere la articulación de unas reglas internas de cooperación institucionalizada entre el Parlamento nacional y las asambleas legislativas regionales, reglas que se ajustarán en los distintos Estados a pautas diversas derivadas de la propia estructura constitucional estatal”<sup>1474</sup>.

Para el caso español, se propuso el siguiente mecanismo de consulta a las comunidades autónomas<sup>1475</sup>: primero, se remitirían todas las propuestas de actos legislativos de la Unión Europea a los Parlamentos autonómicos; segundo, se daría a los Parlamentos autonómicos un plazo de tres semanas para emitir un dictamen motivado sobre la conformidad de la iniciativa concreta con el principio de subsidiariedad; finalmente, si la Comisión Mixta votara afirmativamente la propuesta de los Parlamentos autonómicos, se emitirá el correspondiente dictamen motivado, sin perjuicio de la facultad de cada cámara (Congreso y Senado) de pronunciarse al respecto en Pleno.

<sup>1473</sup> En este sentido habría que lamentar que no consiguiera un reconocimiento político expreso de las regiones con competencia legislativa en los Tratados. No obstante, el art. 6 del *Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad*, menciona expresamente a los Parlamentos regionales con competencias legislativas en el marco del mecanismo de alerta temprana.

<sup>1474</sup> PÉREZ GONZÁLEZ, Manuel: “La incidencia del principio de subsidiariedad...”, p. 306. Este autor reflexiona a continuación sobre el papel de la cámara alta en Alemania y en España. Así, considera que en Alemania la participación regional se asegura a través del voto que corresponde al *Busdesrat* en cuanto institución que representa a los *Länder*, mientras que en España no es posible actualmente ajustarse a ese modelo al no ser propiamente el Senado una genuina cámara de representación territorial, por lo que las asambleas autonómicas habrán de ser consultadas en el marco del art. 6 PSP, debiendo dárseles previa información sobre las iniciativas legislativas comunitarias que les permita pronunciarse y, en su caso, remitir su correspondiente parecer, *vid. ibidem*.

<sup>1475</sup> *Informe relativo a la aplicación por las Cortes Generales del Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad que acompaña al Tratado de Lisboa firmado el 13 de diciembre de 2007*, Boletín Oficial de las Cortes Generales, serie A, nº 474, 4 de enero de 2008.



Esta propuesta de reforma de la Comisión Mixta fue finalmente convertida en Ley en diciembre de 2009<sup>1476</sup>, manteniendo las líneas básicas del informe: se acoge la posibilidad prevista en el Protocolo anexo al Tratado de Lisboa consistente en que los Parlamentos Nacionales puedan consultar a los Parlamentos regionales que posean competencias legislativas, a través de la remisión a los Parlamentos de las comunidades autónomas de todas las iniciativas legislativas europeas, tan pronto se reciban, sin prejuzgar la existencia de competencias autonómicas afectadas. Dichos Parlamentos disponen de un plazo de cuatro semanas (se añade una semana) para que su dictamen pueda ser tenido en cuenta por la Comisión Mixta, la cual, si aprobase un dictamen motivado sobre la vulneración del principio de subsidiariedad, deberá incorporar la relación de los dictámenes remitidos por los Parlamentos autonómicos (art. 6 de la Ley) sin perjuicio de la posibilidad de que los Plenos del Congreso de los Diputados y del Senado puedan avocar el debate y la votación del dictamen elaborado por la Comisión Mixta para la Unión Europea en los términos previstos en los respectivos Reglamentos de las cámaras (art. 5.2 de la Ley 24/2009).

En todo caso, el modelo de participación regional en el sistema competencial de la Unión Europea, y en particular del mecanismo de alerta temprana, demuestra que se producen avances, pero que dichos progresos estarán mediatizados en última instancia por la decisión de autoorganización que adopte cada Estado en aplicación del principio dispositivo de autonomía institucional y de la diferente voluntad política y sensibilidad que cada Estado (o gobierno) tenga hacia el hecho regional, lo que puede producir que unas regiones tengan mayores y mejores canales de participación que otras en función de la decisión adoptada por el Estado al que pertenecen.

#### D. Las nuevas bases jurídicas

Como expone acertadamente Aldecoa “comparados con los Tratados precedentes, el Tratado Constitucional y el Tratado de Lisboa se centran más en la democratización y la explicitación del sistema político que en la inclusión de nuevas bases jurídicas o, lo

---

<sup>1476</sup> *Vid.* Ley 24/2009, de 22 de diciembre, de modificación de la Ley 8/1994, de 19 de mayo, por la que se regula la Comisión Mixta para la Unión Europea, para su adaptación al Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007.

que es lo mismo, en la cesión de nuevas competencias”<sup>1477</sup>. A ello habría que añadir que, dentro de las escasas bases jurídicas novedosas aportadas por Lisboa, prácticamente todas ellas son incorporaciones ya hechas bien en la Convención Europea, bien en la Conferencia Intergubernamental de 2004 que cristalizaría en la aprobación del Tratado Constitucional<sup>1478</sup>.

En el ámbito de las competencias exclusivas, el Tratado de Lisboa no crea bases jurídicas novedosas, limitándose como habían hecho la Convención y el Tratado Constitucional, a recoger en el texto las competencias que el Tribunal de Justicia había considerado como exclusivas.

Dentro de las competencias compartidas, Lisboa establece una nueva base jurídica para una política de energía, así como para una política espacial europea (art. 189.2 TFUE) y la ayuda humanitaria (arts. 214.3 y 214.5 TFUE), aunque en estos dos últimos casos no operaría el principio de preclusión. Además, dentro de las políticas de coordinación de políticas económicas y de empleo (art. 5 TFUE), a pesar de que Lisboa hacía algunas aportaciones, pocas podrían calificarse de bases jurídicas que supusieran una innovación respecto del sistema anterior, exceptuando el art. 152 TFUE que reconoce a los interlocutores sociales, facilita el diálogo entre ellos e institucionaliza la cumbre social tripartita.

En lo que respecta a las acciones de apoyo, posiblemente el campo con más aportaciones en este ámbito, el Tratado de Lisboa establece cuatro nuevos ámbitos de competencia en los que podrá intervenir la Unión Europea, otorgándole en cada caso su respectiva base jurídica: la protección civil (art. 196 TFUE), la cooperación administrativa (art. 197 TFUE), el turismo (art. 195 TFUE) y el deporte (art. 165 TFUE, en un Título conjunto con la educación, formación profesional y juventud). El incorporar esta base jurídica no significa que la Unión no interviniera en estos ámbitos hasta ahora, pues hemos visto diversas posibilidades en que la Unión actúa a través de

<sup>1477</sup> ALDECOA LUZÁRRAGA, Francisco - GUINEA LLORENTE, Mercedes: *La Europa que viene...*, p. 139.

<sup>1478</sup> La CIG de 2007 que desembocaría en el Tratado de Lisboa incorpora todas las bases jurídicas que se habían incorporado tanto en el texto de la Convención como en el Tratado Constitucional, incluyendo pequeñas modificaciones, entre las que pueden mencionarse: las relativas al refuerzo de la solidaridad entre estados miembros en relación con la adopción de medidas económicas respecto a la formulación de la política energética; se añade como nuevo objetivo a la política de energía la interconexión de las redes energéticas; y se completan los objetivos de la política de medio ambiente haciendo mención explícita al cambio climático, *vid. ibidem*, p. 140.

políticas transversales; ahora bien, la creación de bases jurídicas propias mejora la definición de los objetivos y las posibilidades de actuación de la Unión, aparte de dar claridad y seguridad al sistema.

Además, a lo largo del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea se encuentran diseminadas otras bases jurídicas novedosas, entre las que podemos destacar: la iniciativa legislativa de los ciudadanos (art. 24 TFUE) que conecta con la idea de participación y transparencia; medidas relativas a movimientos de capitales en materia de prevención y lucha contra la criminalidad y el terrorismo (art. 75 TFUE); medidas necesarias para el uso del euro (art. 133 TFUE); puesta en marcha del espacio europeo de investigación (art. 182.5 TFUE); medidas de fomento para favorecer la integración de ciudadanos de países terceros (art. 79.4 TFUE); o la administración europea (art. 298 TFUE). Paralelamente, Lisboa establece otras bases jurídicas “que no son estrictamente una nueva política sino una ampliación-explicitación de los objetivos llevados a cabo por algunas existentes”<sup>1479</sup>, como el precepto referido a la propiedad intelectual e industrial del art. 118 TFUE.

Cuestión distinta serían las nuevas posibilidades de intervención que se dan en la esfera de la Política Exterior y de Seguridad Común y del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, ámbitos anteriormente extracomunitarios y de cooperación intergubernamental y que ahora se integran como políticas de pleno derecho de la Unión, si bien todavía perviven parte de sus singularidades a las que nos hemos referido en el Capítulo Tercero de esta tesis doctoral que, en ocasiones, pueden lastrar la efectividad de la acción de la Unión e, incluso, su imagen.

## VIII. VALORACIÓN DEL MODELO COMPETENCIAL RESULTANTE

De lo expuesto en este Capítulo, podemos concluir que el sistema competencial de la Unión Europea resultante de Lisboa nos produce una sensación ambivalente: se ha conseguido una mayor clarificación y transparencia con la categorización de las competencias (exclusivas, compartidas y de apoyo) y la explicitación de sus principios reguladores (como la *preemption* en el caso de las competencias compartidas),

---

<sup>1479</sup> *Ibidem*, p. 139.

siguiendo el modelo diseñado por la Convención Europea y el frustrado Tratado Constitucional.

Este modelo competencial tendría un carácter abierto y no limitativo, a través de un listado conciso que no modificaría la naturaleza funcionalista del sistema, ya que como recuerda el art. 2.6 TFUE “el alcance y las condiciones de ejercicio de las competencias de la Unión se determinarán en las disposiciones de los Tratados relativas a cada ámbito”, pues sería ahí donde se recogerían sus bases jurídicas.

Además, el Tratado de Lisboa refuerza el principio de subsidiariedad, fortaleciendo el papel de los Parlamentos Nacionales en el control de dicho principio, ahora incluso con una *red card* dentro del *early warning system* que, en función de unas determinadas mayorías y requisitos, podría llegar a impedir la adopción del acto, superando lo dispuesto en su momento por el Tratado Constitucional.

Paralelamente, el sistema sigue gozando de gran dinamismo, no siendo un rígido listado de ámbitos materiales, lo que permitiría su adaptación a las variables condiciones y circunstancias de la política europea a través de mecanismos como la cláusula de flexibilidad del art. 352 TFUE, las cooperaciones reforzadas (cuyas condiciones de utilización también se facilitan) o, incluso, a través de la revisión de los Tratados, que también se flexibiliza (como hemos visto, el art. 48 TUE prevé un procedimiento ordinario y unas vías simplificadas) permitiendo aumentar o reducir las competencias atribuidas a la Unión en los Tratados. Del mismo modo, se ha descartado la introducción de un catálogo negativo de competencias de los estados que, para parte de la doctrina podría petrificar el sistema competencial<sup>1480</sup>. Ahora bien, una cosa es establecer un listado de competencias estatales y otra, concebir alguna fórmula para que los estados tengan ciertas garantías de que las instituciones de la Unión no van a regular hasta el detalle un ámbito determinado, con el fin de evitar el *micromanagement*; en este sentido, ni el *early warning system* ni el TJUE pueden resolver esta problemática, si bien el novedoso sistema de alerta temprana será un paso de gran calado.

---

<sup>1480</sup> Hinojosa sostiene que, de incluirse este listado negativo de competencias estatales “hubiera supuesto una carga de profundidad contra el proceso de integración política de importantes consecuencias futuras, y habría cuestionado la uniforme aplicación del Derecho comunitario en todos los Estados miembros”, HINOJOSA MARTÍNEZ, Luis Miguel: *El reparto de...*, p. 361.

No obstante, si en verdad somos rigurosos, el sistema competencial diseñado no aporta prácticamente nada que no hubiera sido ya recogido por el Tribunal de Luxemburgo, ni altera, salvo pequeñas variaciones, los ámbitos incluidos dentro de cada categoría, incorporando muy pocas bases jurídicas realmente novedosas y ligadas fundamentalmente a las medidas de apoyo. En realidad Lisboa, como antes el Tratado Constitucional, implica “una reforma prudente y conservadora del sistema competencial comunitario, en la que se ha positivado una gran parte del acervo jurisprudencial en este terreno”<sup>1481</sup>.

Las competencias compartidas siguen siendo las más importantes, y en ellas la Unión ostenta cierta ventaja respecto a los estados como consecuencia de la operatividad de la preclusión. Del mismo modo, se mantienen también disposiciones horizontales de vocación muy expansiva o la cláusula de flexibilidad (ahora con la necesaria aprobación previa del Parlamento Europeo) que, como acabamos de ver, da dinamismo al sistema pero también un carácter expansivo, sin que se adopten controles efectivos en relación con el denominado método de coordinación abierta o al *micromanagement*<sup>1482</sup>. Además, la introducción del listado de competencias no resuelve por sí mismo los problemas de delimitación vertical que pudieran existir, que seguirán girando fundamentalmente sobre la interpretación de las bases diseminadas a lo largo de los Tratados.

De igual modo, no creemos adecuada la falta de regulación del sistema competencial en un único texto, la posibilidad (remota pero prevista expresamente) de reducir las competencias de la Unión, la ausencia de la PESC dentro del sistema competencial y, sobre todo, la eliminación del principio de primacía del texto emanado de Lisboa, a diferencia de la previsión expresa contemplada en el Proyecto emanado de la Convención y en el Tratado Constitucional; primacía que, no obstante, sigue siendo uno de los principios nucleares del Derecho de la Unión tal y como es desarrollado por el Tribunal de Luxemburgo. Paralelamente, la crisis económica y financiera demostró la

---

<sup>1481</sup> *Ibidem*, p. 355.

<sup>1482</sup> Enzensberger pone algunos ejemplos de este *micromanagement* que él califica de manía reguladora, donde la Unión regula desde el tamaño de los pepinos o los puerros a las prótesis dentales, incluso recientemente, como el caso de los reglamentos nº 244/2009, de 18 de marzo (sobre los requisitos de diseño ecológico para lámparas de uso doméstico no direccionales) o el nº 924/2009, de 16 de septiembre (sobre pagos transfronterizos en la Comunidad), *vid.* ENZENSBERGER, Hans Magnus: *El gentil...*, pp. 27-34.

debilidad de las competencias económicas de la Unión, haciendo necesaria una reforma del Tratado de Lisboa cuando apenas llevaba un año en vigor para introducir un fondo de rescate permanente, seguida de la rúbrica de un nuevo Tratado intergubernamental en materia de estabilidad económica y presupuestaria.

En conclusión, el modelo competencial previsto por Lisboa incorpora la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo a los Tratados, fortaleciendo el principio de subsidiariedad con un mecanismo innovador, pero sin que el sistema resultante suponga ruptura alguna con lo hasta entonces existente. En este sentido, como hemos expuesto a lo largo de esta tesis doctoral, el sistema de competencias entre la Unión Europea y los estados podría situarse en el marco de un federalismo intergubernamental caracterizado por su asimetría, puesto que las instituciones y órganos de la Unión llegan a intervenir cuantitativamente en gran número de ámbitos (favorecido por las vías de flexibilidad de que goza el sistema), muchos de ellos cualitativamente relevantes y de corte federal (moneda única, mercado interior, Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, etc.), mientras que en otras esferas su intervención es mínima o se realiza con esquemas más cercanos al enfoque *iusinternacionalista* (como la PESC); a lo anterior habría que sumar la asimetría derivada de que no todos los estados participan de la misma forma en todas las políticas, como sucede con la moneda única, el espacio Schengen o incluso con determinadas cláusulas de la Carta de los Derechos Fundamentales.

Por consiguiente, estamos ante un modelo competencial singular, construido sobre objetivos y valores que han de encontrar su correlato en una base jurídica para que la Unión pueda actuar, y que, además, es profundamente asimétrico. Esta asimetría contribuye a que el modelo sea válido para estados con diversa organización interna: unitarios como Francia, federales como Alemania o con autonomías como España, dando un mayor papel a las regiones, por ejemplo, a la hora de definir y aplicar el principio de subsidiariedad, en el marco de la *multilevel governance*, pero sin perjuicio de la preeminencia que se le otorga al nivel estatal (al corresponder a éste la articulación de las vías de participación regional). Y esa asimetría también se plasmaría en un modelo heterogéneo, donde el ejercicio de las cooperaciones reforzadas se flexibiliza y se admite para ámbitos no permitidos hasta ahora (como la defensa), y se consagra, como acabamos de mencionar, para campos como la Unión Económica y Monetaria en el que ni todos los estados miembros participan, ni todos los que participan lo hacen en

las mismas condiciones, lo que también estaría presente en las denominadas cláusulas *opting-in* a las que nos referimos en el Capítulo Tercero, en ámbitos como la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales o el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia.

Habría que esperar para poder evaluar si las modificaciones introducidas por el Tratado de Lisboa en el sistema de competencias de la Unión Europea han cristalizado en la simplificación, transparencia y eficiencia esbozada hace más una década en la *Declaración n° 23* anexa al Tratado de Niza y en la *Declaración de Laeken*. Desde nuestro punto de vista, Lisboa hace más transparente este modelo, pero no aporta avances sustantivos en relación con las competencias concretas que le corresponden a cada nivel territorial, el ¿quién hace qué?; del mismo modo, también es cuestionable su efectividad real para frenar la *vis expansiva* de las competencias de la Unión.

Por ello, quizá hubiera sido necesario que el Tratado de Lisboa, además de reflejar lo que la Unión Europea puede hacer, incorporara también ciertas referencias sobre lo que no podría hacer. Esto no significaría apostar por un catálogo de competencias estatales, que rechazamos, pero sí apuntalar la vía que esboza el propio Tratado de la Unión Europea, a partir de la interpretación conjunta de los arts. 4.1, 4.2 y 5.2: competencia residual de los estados, respeto de su identidad nacional y de sus estructuras políticas y constitucionales y actuación de la Unión en el marco del principio de atribución. Esta sería la línea seguida por la jurisprudencia de algunos estados miembros (nos remitimos a lo expuesto en la sentencia del Tribunal Constitucional alemán sobre el Tratado de Lisboa) e incluso por recientes resoluciones del Tribunal de Luxemburgo<sup>1483</sup>.

Del mismo modo, la redacción de las competencias horizontales vinculadas al mercado interior deberían incorporar límites más definidos en cuanto a su utilización, para evitar precisamente el *micromanagement* y atenuar la expansividad que les otorga el Tribunal de Justicia (con excepciones como la sentencia *Tobacco Advertising I*). Conectado con esto, habría sido conveniente diseñar garantías efectivas para que cuando

---

<sup>1483</sup> Vid. auto de 12 de noviembre de 2010, sobre el que ya nos referimos en su momento, *Asparuhov et alii/Ministerski savet na Republika Bulgaria*, asunto C-339/10, que reconoce el valor jurídico obligatorio de la CDF pero apunta que los estados estarán vinculados por ella sólo cuando apliquen el Derecho de la Unión, no creando competencias nuevas ni modificando las existentes.

la Unión actúe, lo haga regulando los aspectos esenciales (o incluso de desarrollo normativo si fuera el caso) pero sin entrar en el detalle, el mencionado *micromanagement*, salvo que fuera imprescindible. Es verdad, como también abordamos en su momento, que existen núcleos duros en las constituciones nacionales (ya sean explícitos, como el art. 79.3 LFB o enunciados jurisprudencialmente, como en la Declaración 1/2004 de nuestro Tribunal Constitucional) que sirven de garantía a los estados y límite a la acción de la Unión, pero ello no sería incompatible, sino complementario, con el planteamiento que acabamos de exponer.

En todo caso, estos problemas de articulación del sistema de distribución de competencias no son desconocidos a los estados de estructura compuesta como el español, no siendo obstáculo para que valoremos el modelo de distribución de competencias diseñado por el Tratado de Lisboa como un paso adelante, aunque mejorable. Ahora bien, también debemos tener presente que la profundización de la integración europea y la posición de la Unión como un protagonista internacional con una acción coherente, no dependerá, ni única ni principalmente, del sistema de competencias diseñado por Lisboa, sino de la voluntad política de sus miembros.

\* \* \*



## CONCLUSIONES

I.- A lo largo de este trabajo hemos visto como existen diversas concepciones constitucionales. Así, recordando los modelos más renombrados, se puede partir de una concepción anglosajona, no codificada y no estatista (incluso no escrita, en el caso de la Constitución del Reino Unido) o de una concepción europea-continental emanada de la Revolución Francesa, codificada y estatista. En ambos casos, la finalidad última sería la separación de poderes y la garantía de los derechos fundamentales (como recoge el art. 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789) pero sustentada en presupuestos diferentes: el constitucionalismo continental nace del Estado, produciendo la evolución del concepto de soberanía desde el monarca a la nación o al pueblo; el constitucionalismo anglosajón surge en un contexto donde el estatismo esta ausente o muy debilitado, vinculado al freno al poder y al *rule of law* y en el que la idea de soberanía no posee la misma relevancia como construcción teórica que la que tenía en la concepción continental.

Por ello consideramos que es posible la existencia de Constitución en un marco no estatal, ya que dentro de la diversa gama de acepciones y sentidos que puede incluir, tomamos como base en esta investigación lo que entendemos debe ser su esencia: el freno al poder, lo que se articularía a través de la separación de poderes, el Imperio del Derecho o *rule of law*, la garantía de los derechos y libertades fundamentales y el funcionamiento del principio democrático. Este enfoque no estaría vinculado a la idea de Estado ni ha de surgir necesariamente en un marco estatal o estatista. En este sentido, no habría necesariamente una correspondencia entre ambos conceptos: podrían existir constituciones en ámbitos distintos al del Estado (pues éste, aunque probablemente el más destacado, no deja de ser un tipo de comunidad política) y, claro está, haber estados no constitucionales.

Este enfoque constitucional no estatista es el que consideramos más adecuado para aproximarnos a esa Unión Europea definida décadas atrás por Jacques Delors como un Objeto Político No Identificado. Una realidad que se puede entender en clave constitucional, porque con independencia de que exista o no Constitución de la Unión en sentido formal, entendemos que la Unión Europea ya tenía Constitución desde una perspectiva material (en los Tratados, en la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo,

en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, en las constituciones y jurisprudencia de los estados miembros, o en los principios) antes incluso del Tratado Constitucional o del Tratado de Lisboa. Ahora bien, esta dimensión constitucional ha de analizarse prescindiendo de la óptica estatista: es verdad que la Unión Europea no posee la soberanía bodiniana (aunque de la lectura de Enzensberger pudiera parecer otra cosa), al igual que no se aprecia con claridad un poder constituyente de la Unión (aunque la Convención Europea podría *lato sensu* asumir ese papel), ni hay consenso sobre la existencia de un *demos* europeo, pero ¿acaso son estos elementos imprescindibles para que pueda haber una realidad constitucional?. Desde nuestra óptica la respuesta será negativa, y ello porque para entender este constitucionalismo de la Unión será mejor alejarse del tradicional enfoque constitucional estatista derivado de la vinculación Estado-nación y aproximarse a un constitucionalismo postnacional, a un *multilevel constitutionalism* compuesto de diversos niveles constitucionales (y de gobierno) en un modelo en red (y no piramidal) dentro de una realidad mundial en la que se llega incluso a vislumbrar un incipiente constitucionalismo global.

II.- El constitucionalismo material de la Unión Europea no se traduce en un claro modelo político-organizativo-territorial. La Unión no es un Estado, no es una Organización Internacional (ni de mera cooperación ni solamente de integración), no es una Federación ni tampoco una Confederación. Probablemente, menos un Estado (a pesar de lo que digan algunos *euroescépticos*), sea todo lo demás según el momento y el ámbito de que se trate.

Ahora bien, en la Unión Europea existe un modelo de distribución territorial del poder que en muchos aspectos podría engarzarse con el federalismo, incluso antes del Tratado Constitucional o del Tratado de Lisboa, que en ambos casos han mantenido el *status quo* de situar fuera del lenguaje explícito de los Tratados la mención al federalismo. Pero sólo podría ligarse a un federalismo entendido como concepto dinámico y como proceso (es decir, más allá de su concreción en un Estado federal) que incluye, al igual que sucedía con la Constitución, diversas formulaciones y distintas tipologías (basta diferenciar el federalismo dual clásico norteamericano y el cooperativo alemán posterior a la Segunda Guerra Mundial). Un federalismo entendido en sentido amplio como autogobierno y gobierno compartido, como punto de equilibrio entre las fuerzas centrífugas y centrípetas, entre unidad y diversidad. Desde esta

perspectiva, la Unión Europea contaría con elementos identificables con el federalismo: caracteres derivados de su arquitectura institucional, que dispone de instrumentos para canalizar la participación de los estados miembros (el Consejo) y de los ciudadanos (un Parlamento Europeo dotado cada vez de mayores competencias), así como un órgano encargado de resolver los conflictos que puedan surgir (el Tribunal de Justicia); de su sistema jurídico, integrado por principios básicos como la primacía (Lisboa, a diferencia del Tratado Constitucional, no incorpora este principio a los Tratados pero confirma el sentido que le había dado el Tribunal de Justicia), la aplicabilidad directa, la cooperación leal, la solidaridad financiera, la vigilancia o incluso la posibilidad excepcional de la utilización de medios coercitivos; del sistema de distribución territorial de competencias y el principio de subsidiariedad; y de la propia moneda única. Elementos que convivirían con otros claramente intergubernamentales, como los antiguos segundo y tercer pilar de la Unión (ahora formalmente eliminados pero que conservan sus especificidades), la posición de los estados como depositarios de la *Kompetenz-Kompetenz*, o los procedimientos de ratificación y revisión de los Tratados.

Por ello, el modelo de la Unión Europea, partiendo de que no se inscribe por entero en ninguno de los clásicos sistemas previstos en la Teoría del Estado, se incardinaria en una especie de federalismo intergubernamental o supranacional con distintos niveles superpuestos (*overlapping federalism*). O dicho de otro modo, sería un *cuasifederalismo* que desde el nacimiento de las Comunidades Europeas se nutrirá de la combinación entre los elementos federales e intergubernamentales, produciéndose a lo largo de su evolución un lento pero continuado incremento en la posición cuantitativa y cualitativa de los elementos federales sin que ello suponga su plena hegemonía, a la par que dicha evolución se produce de forma asimétrica: ámbitos que hace años eran intergubernamentales ahora se pueden analizar desde una óptica federalizante o comunitarizada, y a la vez siguen conviviendo con otras esferas todavía sin comunitarizar. Además, no todos los estados que forman parte de la Unión Europea participan de las mismas políticas, lo que, por poner un ejemplo, ha agudizado las divisiones en las últimas fechas entre los miembros integrados en la *eurozona* y aquéllos que no lo están.

III.- Como ya hemos expuesto, la Unión Europea estaba dotada de un *corpus* constitucional en sentido material desde tiempo atrás, en parte derivado de la labor del Tribunal de Justicia, que desde los años sesenta del siglo pasado había desarrollado principios como los de primacía o efecto directo, dotados de una fuerte carga constitucional; incluso la jurisprudencia de Luxemburgo llegó a referirse a los Tratados como la carta constitucional fundamental de la Unión (sentencia *Los Verdes* de 1986). Pero al mismo tiempo, se trataba de una Constitución dispersa, no formalizada ni codificada y construida a partir de una pluralidad de fuentes, lo que implicaba falta de claridad y dificultades para deslindar lo verdaderamente constitucional de aquello que no lo era. Había una imposibilidad de identificar la Constitución con un texto que formalmente tuviera ese carácter. Todo ello derivó en la necesidad de lograr una mejor formulación de los principios constitucionales que conformaban el sistema de la Unión Europea, al que habría que hacer más transparente, eficaz y operativo.

De esta forma, coincidiendo con el cambio de milenio, se puede hablar del surgimiento de un auténtico debate en términos constitucionales (o de carácter constituyente según la nomenclatura continental), cuyo inicio, si prescindimos de algunas iniciativas anteriores de gran simbolismo (como el proyecto Spinelli, los informes Colombo o el proyecto Herman), puede datarse en el discurso berlinés del entonces Ministro alemán de Asuntos Exteriores, Joschka Fischer, en el año 2000. Este proceso de debate o reflexión constitucional, relativamente libre de tabúes asociados a una determinada forma de constitucionalismo (soberanía, estatalidad, poder constituyente, etc.) fue dotado de contenido en la *Declaración n° 23* anexa al Tratado de Niza y en la *Declaración de Laeken*, creándose un órgano nuevo y previo a la Conferencia Intergubernamental: la Convención sobre el Futuro de Europa, integrada por miembros procedentes de las instancias comunitaria (con una nutrida presencia del Parlamento Europeo) y estatal (tanto gubernamental como parlamentaria), así como de representantes de los países candidatos a la adhesión. Convención que se inspiraba en el órgano que había elaborado la Carta de los Derechos Fundamentales y que por su composición plural y el carácter abierto de sus trabajos, confería al procedimiento de reforma de los Tratados una dimensión más democrática y transparente que el tradicional método diplomático basado únicamente en las conferencias intergubernamentales, contribuyendo a paliar la peculiar situación derivada de que fueran las élites (políticas y/o económicas) las que construyeran la Unión Europea.

IV.- La Convención redactó un Proyecto de Tratado Constitucional en el año 2003 que, después de diversas vicisitudes, aprobaría la Conferencia Intergubernamental al año siguiente. Así, el 29 de octubre de 2004 fue firmado el denominado Tratado Constitucional o Constitución Europea, el cual, conforme a nuestra concepción constitucional, cumpliría los parámetros exigibles para que se pudiera hablar de Constitución. Es verdad que en el plano formal se formalizó jurídicamente como un Tratado Internacional (como un nuevo Tratado, apartándose de la fórmula anterior de revisiones superpuestas y versiones consolidadas) y contaba con elementos tan intergubernamentalistas como el mecanismo de revisión o la cláusula de retirada; aspectos que no supondrían un obstáculo insalvable para su configuración como Constitución si bien tampoco implicaban por sí mismos indicios de constitucionalidad (habría de prescindir nuevamente de una concepción constitucional estatista). Ahora bien, la propia sustancia del texto tenía contenido constitucional: se mejoraba el *rule of law* y la protección de los derechos y libertades con la incorporación de la Carta de Derechos Fundamentales, a la que se le daba valor jurídico vinculante, y la posibilidad de adhesión al CEDH; se mantenía (e incluso se incrementaba) el poder disperso entre diversas instituciones y organismos, lo que contribuía a frenar posibles excesos; y se mejoraba el carácter democrático de la Unión con el fortalecimiento del papel legislativo del Parlamento Europeo. No obstante, no se puede negar que el texto también adolecía de ciertos aspectos que acabarían pesando en su contra en el posterior proceso de ratificación. Desde el plano formal era demasiado largo y denso, dejando traslucir una pretensión codificadora que no acababa de encajar con una realidad singular como la de la Unión Europea. Desde el punto de vista material podemos mencionar algunos aspectos controvertidos, como la nueva figura del Presidente estable del Consejo Europeo, la forma de elección del Presidente de la Comisión (con el Parlamento Europeo todavía en un papel secundario), la constitucionalización expresa del principio de primacía del Derecho de la Unión, la eliminación del sistema de pilares (no tan real en la práctica), la configuración de la Parte III con un articulado que en su mayoría no tenía dimensión constitucional, o el procedimiento de revisión que seguía sustentado en la unanimidad.

En relación con la naturaleza político-jurídico-territorial del Tratado Constitucional, se hacen expresos principios de carácter federal como la primacía o la *preemption* respecto del ejercicio de las competencias compartidas; el Parlamento

Europeo (representante de la ciudadanía europea) pasa a estar en un plano semejante al Consejo desde el punto de vista legislativo; o se elimina formalmente la estructura de pilares, comunitarizándose de forma importante la Cooperación Policial y Judicial en Materia Penal. Pero se ha omitido cualquier referencia expresa en el texto al federalismo y siguen existiendo elementos intergubernamentales importantes: la Política Exterior y de Seguridad Común (que dista mucho de comunitarizarse pese a la teórica desaparición de los pilares) o la unanimidad para su revisión; incluso figuras novedosas como la del Presidente estable del Consejo Europeo distan de ser equiparables a las de un modelo federal. Así que, en cierto modo, continúa manteniéndose la asimetría de la Unión (con la mencionada coexistencia de rasgos federales, confederales e intergubernamentales según el ámbito de que se trate) que hemos calificado como federalismo intergubernamental o supranacional, aunque cada vez más orientada hacia la vertiente federalista entendida en sentido amplio: un sistema constitucional compuesto *sui generis*, dentro de una gobernanza con distintos niveles (*multilevel governance*).

V.- Desde el punto de vista del ordenamiento jurídico español, el Tratado Constitucional implicaba alguna dificultad. Más allá del problema político causado por la definición que en su momento había hecho la Convención de la mayoría cualificada (al dificultar la capacidad de España para construir minorías de bloqueo en el Consejo) y que motivó una nueva configuración en el Tratado Constitucional, la formulación expresa de la primacía de la Constitución y el Derecho de la Unión sobre los ordenamientos estatales (art. I-6 TC) no acababa de casar, a nuestro juicio, con la Constitución española y haría necesaria su reforma.

La *Carta Magna* española ya había sufrido una modificación (menor) sobre la base de la Declaración 1/1992 del Tribunal Constitucional a raíz de la ratificación del Tratado de Maastricht. No obstante, el art. I-6 TC implicaba un salto cualitativo que llevó a que el gobierno español requiriera al Tribunal Constitucional (entre otras cosas) un posicionamiento acerca de su compatibilidad con la Constitución y, en caso de tener que reformarla, que vía habría que utilizar. El Alto Tribunal, en su Declaración 1/2004 consideró que no existía dicha contradicción, fundamentando su decisión en una compleja distinción entre supremacía y primacía, lo que hacía innecesaria la reforma constitucional, a la par que avalaba la vía del art. 93 para ratificar el Tratado

Constitucional. Esta posición del Tribunal Constitucional no deja de llamar la atención, pues parecía querer blindar a toda costa el texto constitucional aún a costa de pasar de puntillas por la realidad de un principio que en España y en el resto de la Unión Europea ya se venía aplicando. Postura además que contrastaba con la del Consejo de Estado que un informe del año 2006, aun esforzándose en justificar la posición del Tribunal Constitucional, acaba por reconocer la necesidad de reformar la *Carta Magna* para dar entrada formal a la Unión Europea, con una nueva disposición para ratificar los Tratados europeos y con un reconocimiento de la primacía del Derecho de la Unión en el ámbito de sus competencias. En este sentido, produce cierto asombro la incapacidad para llevar a cabo esta revisión constitucional propuesta por el Consejo de Estado a lo largo de los últimos cinco años, máxime cuando en el año 2011 hemos asistido a una rápida reforma constitucional del art. 135 que hace mención, de forma indirecta y ligada a aspectos económicos y presupuestarios, a la propia Unión Europea.

VI.- El fracaso del Tratado Constitucional derivado de los *referenda* negativos de Francia y Holanda en el año 2005, impidió que cristalizara su principal logro: el paso de una Constitución material a una Constitución formal en el ámbito de la Unión Europea. Después de diversas propuestas procedentes del mundo académico y político (del Tratado simplificado de Sarkozy al rescate sustantivo de Merkel) se alcanzó un consenso que permitió la rúbrica del Tratado de Lisboa en el año 2007. Este Tratado vuelve al clásico sistema de modificaciones que se insertan en los Tratados vigentes (el TUE y el TFUE, nueva denominación del antiguo TCE), alterando el enfoque del Tratado Constitucional. Lisboa, que desde el 1 de diciembre de 2009 proporciona el marco normativo vigente (aunque algunas de sus disposiciones todavía no estén vigentes, fundamentalmente en el ámbito institucional) está imbuido de la denominada “estrategia del velo”: elimina de su texto la nomenclatura y la naturaleza constitucional a la vez que incorpora la casi totalidad de las innovaciones de dimensión constitucional con las que contaba el fracasado Tratado Constitucional. Y lo mismo podría decirse de su dimensión federalizante, consolidando el federalismo intergubernamental: Lisboa mantiene la sustantividad del Tratado Constitucional, si bien éste, como expusimos anteriormente, en ningún momento llegó a denominarse federal. En definitiva, la “estrategia del velo” respondía al punto de equilibrio entre aquéllos que rechazaban la idea de una Constitución para la Unión Europea y los que, por el contrario, la defendían y pretendían salvar en lo que fuera posible el Tratado Constitucional.

De esta forma, el Tratado de Lisboa otorga a la Carta de los Derechos Fundamentales el mismo valor jurídico que a los Tratados, pero no la incorpora ni al TUE ni al TFUE; elimina la referencia explícita al principio de primacía del Derecho de la Unión a la par que reconoce su configuración jurisprudencial a través de la *Declaración n° 17*; cambia las denominaciones de los actos legislativos o de algunos órganos (como el Ministro de Asuntos Exteriores de la Unión) pero mantiene sus caracteres y funciones; o incluso opta por suprimir la referencia a una simbología de la Unión que en la práctica se sigue utilizando. Por tanto, el Tratado lisboeta con su estrategia del velo consigue mantener vigente la mayor parte del Tratado Constitucional, pero rompe con el espíritu constitucional que aquél tenía, lo cual no significa que deje de existir Constitución material europea (de hecho sus elementos de constitucionalidad son ahora más, tanto cuantitativa como cualitativamente) ni Derecho Constitucional europeo; posiblemente lo que el rechazo al Tratado Constitucional ha dejado ver es el fracaso de la fórmula del constitucionalismo codificado para un sistema *sui generis* como es la Unión Europea.

VII.- El Tratado de Lisboa dispuso en el art. 48 TUE que la vía ordinaria de revisión de los Tratados contara con una Convención previa a la Conferencia Intergubernamental, para posibilitar así que los procesos de reforma se realizasen sobre la base de un órgano plural similar al que en su momento había elaborado el Proyecto de Tratado Constitucional. La Convención, al margen de otras valoraciones más de fondo, tenía como objetivo acercar a los ciudadanos al proceso de integración europeo, rompiendo con el secretismo que rodeaba a las cumbres de Jefes de Estado y de Gobierno en las que tradicionalmente se gestionaban los cambios a los Tratados.

Lo paradójico es que la propia gestación del Tratado de Lisboa no se produjo por medio de una Convención, sino a través de vías mucho más cercanas a las diplomático-intergubernamentales. Ciertamente es que este Tratado recoge la sustancia del Tratado Constitucional, lo que para algunos justificaría la ausencia de un debate más abierto y transparente, pero tanto en la modificación del art. 136 TFUE como en el intento de reforma de diciembre de 2011 vetado por el Reino Unido y que se concretaría a través de un nuevo Tratado intergubernamental, la posibilidad de poner en marcha una nueva Convención prácticamente ni se planteó. Situación que vuelve a poner de manifiesto que, tras los intentos aperturistas y de mayor transparencia del



primer lustro del siglo, el fracaso del Tratado Constitucional ha significado la vuelta a los clásicos modos de construcción del proceso de integración basado más en las élites y menos en la ciudadanía; la ausencia casi general (Irlanda sería la excepción que confirma la regla) de consultas populares en el proceso de ratificación del Tratado de Lisboa, confirma, a nuestro juicio, esta impresión.

VIII.- Más allá de la dimensión federalizante de la Unión Europea, resulta obvio que la Unión es una realidad *multinivel*, por lo que una parte fundamental de esta investigación se incardina en el análisis de los principios o criterios de actuación de sus diversos niveles territoriales: el nivel comunitario, el nivel estatal (veintisiete estados en la actualidad) y las entidades subestatales (que en estados de estructura compuesta como el español adquieren gran importancia). Esto es lo que se conocería como la delimitación vertical de competencias que, como bien decía el profesor García-Pelayo, se convierte en uno de los núcleos de las constituciones federales a través de sus diversas variantes: material, funcional a través de objetivos, cláusulas de poderes residuales o listados de competencias. Además, los modelos de distribución territorial de competencias pueden tener diferentes variantes en función de la intensidad con la que cada nivel territorial ejerce su competencia y las funciones que realiza, siendo factible (como demuestra la propia Unión Europea) la combinación de criterios materiales y funcionales.

El modelo competencial previsto por el Tratado de Lisboa incorpora a los Tratados la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo en esta materia, pero sin que el resultado suponga ruptura alguna con lo vigente hasta entonces, puesto que no se incrementaron de modo notable las bases jurídicas de la Unión Europea. De todas formas, las categorías competenciales son ahora más transparentes, incorporándose a los Tratados sus tipologías (exclusivas, compartidas y de apoyo) y la explicitación de sus principios reguladores (como la *preemption* en el caso de las competencias compartidas), siguiendo el modelo diseñado por la Convención Europea y el fracasado Tratado Constitucional y que, a grandes rasgos, recogía décadas de doctrina del Tribunal de Justicia. No obstante, Lisboa presenta una regulación competencial que, aunque es más clara que lo existía en los Tratados comunitarios, también es más fragmentaria, al estar dividida entre el Tratado de la Unión Europea y el nuevo Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Esta categorización competencial tendría un carácter abierto, puesto que las materias contenidas en los diversos listados competenciales de los arts. 3, 4 y 6 TFUE (competencias exclusivas, compartidas y de apoyo) no modifican la naturaleza funcionalista del sistema; dimensión abierta que también confirma la cláusula de flexibilidad del art. 352 TFUE, las competencias de carácter transversal u horizontal (arts. 114 y 115 TFUE) e, incluso, las cooperaciones reforzadas. Fuerza expansiva de las competencias de la Unión (señalada como uno de sus problemas endémicos) que intentó, al menos en parte, ser atajada con el fortalecimiento del principio de subsidiariedad. Mejora de la subsidiariedad y de su control, en el que pasarían a tener un papel central los Parlamentos Nacionales por medio del *early warning system* ideado en el seno de la Convención e impulsado por el Tratado Constitucional, que obligaba al órgano que ejerce la iniciativa legislativa a revisar su propuesta si así lo solicitaban un determinado número de Parlamentos estatales (aunque en última instancia podría mantenerla) y que el Tratado de Lisboa retocaría, estableciendo la posibilidad de que incluso se impidiera la adopción de un acto de la Unión. Ahora bien, aunque el Tratado de Lisboa mantiene el modelo general de distribución de competencias diseñado por el Tratado Constitucional, no es menos cierto que también incluye u omite cláusulas que, aunque poseen simplemente carácter simbólico y escasa repercusión práctica, refuerzan el papel de los estados (como la posibilidad de que los estados ejerzan de nuevo una competencia compartida cuando la Unión deje de ejercer la suya); incluso, en algún caso su finalidad podría ir más allá del simbolismo, como la capacidad de reducir competencias de la Unión a través del mecanismo de reforma del Tratado, aunque su utilización aparece como bastante improbable.

No obstante la *vis* expansiva de la Unión sigue siendo manifiesta: la *preemption* acaba convirtiendo en la práctica las competencias compartidas (que serían la mayoría) en exclusivas de la Unión y las competencias horizontales facilitan esa expansión que en muchas ocasiones es avalada por el Tribunal de Justicia. De esta forma, se sigue manteniendo un modelo asimétrico (dentro del puzle del federalismo intergubernamental) que no acaba de corregir el exceso intervencionista de la Unión Europea en determinados campos, el llamado *micromanagement* que lleva la regulación hasta el detalle (el ejemplo de la normativa europea de los puerros descrita por Enzensberger resulta ilustrativo), a la vez que no se le dota de la facultad para intervenir

en otros ámbitos en los que, por su importancia o dimensión, sí sería necesario, como pone de manifiesto la actual crisis económica y financiera.

Lisboa, por tanto, hace más transparente el modelo de distribución de competencias a través de su categorización, pero no aporta avances sustantivos a la hora de determinar la intervención concreta de cada nivel territorial, el denominado “¿quién hace qué?”. Porque en última instancia, los ámbitos recogidos en las categorías competenciales precisan de su respectiva base jurídica para actuar y, en esta esfera, las novedades introducidas por el Tratado de Lisboa, son escasas: se conservan las bases existentes y se crean pocas *ex novo*, lo que en la práctica, aunque no colme las expectativas de la Comisión, permite a la Unión mantener un amplio margen potencial de actuación. A nuestro juicio y, teniendo en cuenta que los listados competenciales acaban teniendo el valor que les otorguen sus intérpretes, probablemente hubiera sido necesario que Lisboa, además de reflejar lo que la Unión Europea puede hacer, incorporara también ciertas menciones relativas a lo que no podría hacer; del mismo modo, la redacción de las competencias horizontales vinculadas al mercado interior, deberían tener unos límites más claros en cuanto a su utilización, para evitar precisamente el *micromanagement* y atenuar la expansividad que les otorga el Tribunal de Justicia (salvo contadas excepciones como la sentencia *Tobacco Advertising I*); finalmente, y vinculado con lo anterior, se echan en falta mecanismos que supongan garantías efectivas para que, cuando la actuación de la Unión se produzca, lo haga regulando los aspectos esenciales (o incluso de desarrollo normativo si fuera el caso) pero no entre a regular el detalle, el mencionado *micromanagement*. Problemas que, con matices, no son desconocidos a los estados de estructura compuesta como el español y que no son obstáculo para que valoremos el modelo de distribución de competencias diseñado por el Tratado de Lisboa como un paso adelante, aunque mejorable.

IX.- La visión panorámica que finalmente obtenemos del proceso de integración europea en su estadio actual es agridulce. El Tratado de Lisboa se configura como un mecanismo de gran trascendencia para articular el desarrollo de la Unión Europea (aunque no tanto como el fracasado Tratado Constitucional) proporcionando novedosos instrumentos de actuación (más eficaces y también más democráticos). Pero el marco normativo resultante del Tratado lisboeta no soluciona por sí mismo las dificultades de la Unión y, sobre todo, no aporta una solución a su gran problema: ¿qué queremos que

sea la Unión Europea?; es decir, Lisboa no proporciona la respuesta acerca de la propia definición del proyecto europeo ni, como apunta Habermas, adopta una decisión definitiva sobre el mismo.

La Unión Europea actual, pese a lo que dispongan los Tratados, no tiene unos objetivos claros. Sesenta años atrás la finalidad del proceso de integración era lograr la paz y el desarrollo de Europa en el contexto devastador posterior a la Segunda Guerra Mundial. Hoy el objetivo de la Unión no está claro, a lo que no es ajena la falta de voluntad y liderazgo político existente en estos momentos. La crisis económica y financiera actual sería un ejemplo palpable de ello: la Unión Europea ha actuado a destiempo y, en ocasiones, sin atender a sus propios cauces institucionales, sin una idea clara acerca de qué hacer y con enormes dificultades para aplicar las propias decisiones que finalmente adoptaría; paralelamente, los Tratados han tenido que ser ya enmendados ante el riesgo de que la propia moneda única estuviera en peligro.

En este contexto, el euroescepticismo se ha incrementado (el *eurobarómetro* de otoño de 2011 cifraba en un 31% a los europeos con una imagen totalmente positiva de la Unión Europea frente al 49% que tenían esta opinión en el otoño del 2007, poco antes de la firma del Tratado de Lisboa), a la par que el Reino Unido (y con él el gobierno checo) se descolgaba de la nueva reforma de la Unión alegando un mero interés nacional para vetar el enésimo intento de articular una política económica y fiscal común. El resultado: un Tratado intergubernamental que consagra una Unión de varias velocidades. De nuevo, parece que haría falta una mayor altura de miras.

De todas formas, no podemos terminar con una imagen de la Unión Europea actual exclusivamente negativa. La Unión de hoy tiene más y mejores instrumentos para actuar y su procedimiento legislativo no es ahora mucho menos democrático que el existente en el interior de sus estados miembros. Además, a pesar del descenso que su imagen viene sufriendo de forma prácticamente continuada en los últimos años, los ciudadanos la siguen considerando el mejor actor para hacer frente a la crisis (mejor que los estados u otras instituciones y organismos internacionales). La Unión Europea ya ha vivido crisis, de distinta naturaleza e intensidad: políticas como la denominada crisis de la *silla vacía* o las resultantes de diversos *referenda* negativos en procesos de modificación de los Tratados; o económicas como la derivada del petróleo en la década

de los setenta del siglo pasado; dificultades que, más rápido o más tarde, han acabado por cristalizar en una mayor integración. La cuestión ahora será dilucidar si la Unión Europea tiene capacidad para superar esta nueva crisis, para lo cual sería necesario una nueva evolución en su proceso de integración para conseguir una verdadera Unión Política (con la dificultad de discernir si puede lograrlo como bloque compacto, ya que la posibilidad de una Europa a varias velocidades está hoy más presente que nunca) que sea capaz de actuar en una realidad global diferente (basta recordar la pujanza de países como China, India o Brasil) que exige una Unión Europea fortalecida políticamente, lo que no se traduce necesariamente en un incremento de sus competencias.

\* \* \*



## BIBLIOGRAFÍA GENERAL\*

AJA, Eliseo: *El Estado Autonómico. Federalismo y hechos diferenciales*, Madrid, Alianza Editorial, 1999.

ALBERTÍ ROVIRA, Enoch: “Las regiones en el Proyecto de nueva Constitución Europea”, en Albertí Rovira (director) - Roig Molés (coordinador), *El Proyecto de nueva Constitución Europea. Balance de los trabajos de la Convención sobre el futuro de Europa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 449-483.

— “Las reformas territoriales en Alemania y en España y la sostenibilidad del paradigma autonómico español”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 78, (2006), pp. 9-42.

ALBERTÍ ROVIRA, Enoch (director) - ROIG MOLÉS, Eduard (coordinador): *El Proyecto de nueva Constitución Europea. Balance de los trabajos de la Convención sobre el futuro de Europa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

ALBERTÍ ROVIRA, Enoch - BAYONA i ROCAMORA, Antoni: “La delimitació de les competències entre la Unió y els Estats”, *Convenció catalana per al debat sobre el futur de la Unió Europea*, diciembre, 2002.

ALDECOA LUZÁRRAGA, Francisco: *La integración europea. Análisis histórico-institucional con textos y documentos*, vol. II, (1979-2002), Madrid, Tecnos, 2002.

— “Una Europa”. *Su proceso constituyente. La innovación política europea y su dimensión internacional. La Convención, el Tratado Constitucional y su política exterior (2000-2003)*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2003.

— “Primeros resultados del debate sobre el futuro de Europa: entre la profundización y la refundación”, *Working Paper del Real Instituto Elcano*, nº 9, (2002).

— “Innovación política europea. Su dimensión exterior”, *Política Exterior*, vol. XVII, nº 91, enero/febrero, (2003), pp. 13-24.

---

\* La bibliografía citada en estas páginas abarca las monografías, estudios o artículos empleados para la realización de esta tesis doctoral. No se reproducen las fuentes documentales utilizadas, principalmente los textos constitucionales, los Tratados de la Unión y de las antiguas Comunidades, los documentos de trabajo de Convención Europea y de las conferencias intergubernamentales, así como los emanados de las diversas instituciones europeas, cuyas referencias se encuentran en las correspondientes notas a pie de página.

— “El resultado definitivo de la Convención Europea: la existencia de una Constitución para Europa”, *Working Paper del Real Instituto Elcano*, nº 24, (2003).

ALDECOA LUZÁRRAGA, Francisco - GUINEA LLORENTE, Mercedes: *La Europa que viene: El Tratado de Lisboa*, Madrid, Marcial Pons, 2010.

ALGUACIL GONZÁLEZ-AURIOLES, Jorge: *La elaboración del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*, Madrid, Boletín Oficial del Estado-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

ALLI, Juan Cruz: “El concepto de subsidiariedad”, en *Subsidiariedad: historia y aplicación*, Pamplona, Universidad de Navarra, 2000, pp. 17-23.

ALONSO GARCÍA, Ricardo: “La inserción del Derecho Europeo en el ordenamiento español (Informe del Consejo de Estado de 14 de febrero de 2008)”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 29, (2008), pp. 7-17.

ALONSO GARCÍA, Ricardo - SARMIENTO, Daniel: *La Constitución Europea. Texto, Antecedentes, Explicaciones*, Madrid, Thomson Civitas, 2005.

ALTHUSIUS, Johannes: *Politica Methodice Digesta*, Cambridge, Harvard University Press, 1932.

ÁLVAREZ CONDE, Enrique - GARRIDO MAYOL, Vicente (coordinadores): *Comentarios a la Constitución Europea*, vol. I, II y III, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

AMATO, Giuliano: “El futuro de Europa”, *El País*, 24 de noviembre de 2002, p. 15.

ARENA, Amedeo: “The Doctrine of Union Preemption in the EU Single Market: Between *Sein* and *Sollen*”, Jean Monnet Working Papers, New York University, nº 3, (2010).



ARIAS MARTÍNEZ, María Antonia: *Comunidades Autónomas y elaboración del derecho comunitario europeo: un estudio sobre el principio de colaboración en este ámbito*, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 1998.

ARNOLD, Rainer: *La unificación alemana: estudios sobre derecho alemán y europeo*, Madrid, Civitas, 1993.

— “El Tratado de Reforma de Lisboa: Algunas reflexiones desde la perspectiva alemana”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 9, (2008), pp. 237-246.

AZPITARTE SÁNCHEZ, Miguel: “El Estado autonómico *unitario* y el informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español”, *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, nº 9, (2009), pp. 129-164.

BARREIRO RIVAS, Xosé Luis, *et alii*: *O Tratado da Constitución europea. Visións desde Galiza*, A Coruña, Baía, 2005.

BECK, Ulrich - GRANDE, Edgar: *La Europa cosmopolita. Sociedad y política en la segunda modernidad*, Barcelona, Paidós, 2006.

BENEYTO PÉREZ, José María: “Tesis para la discusión sobre el reparto de competencias en la Unión Europea”, Seminario hispano-alemán, Universidad San Pablo-CEU, Madrid, 21-22 de febrero de 2002.

BERNHARDT, Rudolf: “Las fuentes del derecho comunitario: la «constitución de la Comunidad», *Treinta años de Derecho comunitario*, Luxemburgo, Oficina de Publicaciones Oficiales de la Comunidad Europea, 1981.

BISCARETTI DI RUFFÌA, Paolo: *Derecho Constitucional*, Madrid, Tecnos, 1987.

BLANCO VALDÉS, Roberto: *El valor de la Constitución*, Madrid, Alianza, 1998.

BODIN, Jean: *Los seis libros de la República*, Madrid, Tecnos, 2006.

BORRELL, Josep - CARNERO, Carlos - LÓPEZ GARRIDO, Diego: *Construyendo la Constitución Europea. Crónica política de la Convención*, Madrid, Real Instituto Elcano, 2003.

BOTHE, Michael: *Die Kompetenzstruktur des modernen Bundesstaates in rechtsvergleichender Sicht*, Berlín-Heidelberg-New York, Springer, 1977.

— *The Judgment of the German Federal Constitutional Court regarding the Constitutionality of the Lisbon Treaty*, Instituto Affari Internazionali, (IAI0920).

BRUNELL, Thomas: “Constructing a supranacional Constitution”, *The Judicial Construction of Europe*, Oxford, Oxford University Press, 2004, pp. 45-107.

BURGESS, Michael: *Federalism and European Union. The building of Europe, 1950-2000*, London, Routledge, 2000.

BURNS, James - PELTASON, J. W. - CRONIN, Thomas - MAGLEBY, David: *Government by the People*, New Jersey, Prentice Hall, 1998.

CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco: *El control de constitucionalidad de disposiciones reglamentarias*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

CAMISÓN YAGÜE, José Ángel: “La Sentencia del *Bundesverfassungsgericht* sobre el Tratado de Lisboa como “hoja de ruta constituyente” de la Unión Europea, *Revista Universitaria Europea*, nº 14, (2011), pp. 95-128.

CANCELA OUTEDA, Celso: *Hacia una Constitución Europea* (tesis doctoral), Santiago de Compostela, Universidade de Santiago de Compostela, 2000.

— *El proceso de constitucionalización de la Unión Europea. De Roma a Niza*, Santiago de Compostela, Universidade de Santiago de Compostela, 2001.

CANCELA OUTEDA, Celso (coordinador): *A Unión Europea do século XXI: reflexións dende Galicia*, Santiago de Compostela, Fundación Galicia-Europa, Universidade de Vigo, 2002.

CANCELA OUTEDA, Celso - FAÍÑA MEDÍN, Andrés - PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos - RÍOS PAREDES, Xulio - SOBRINO HEREDIA, José Manuel: *El proceso de elaboración de la Constitución Europea. Aportación al debate de las Universidades gallegas*, Santiago de Compostela, Fundación Galicia Europa, 2004.

CARRÉ DE MALBERG, Raymond: *Teoría General del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998.

CARRERA, Sergio - GEYER, Florian: “El Tratado de Lisboa y un Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia: Excepcionalismo y fragmentación en la Unión Europea”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 9, (2008), pp. 133-162.

CHARPENTIER, Jean: “La repartition des compétences entre l’Union européenne et les Etats membres”, *Série de publications de l’Académie de Droit Européen de Trèves*, vol. 21, (1997), pp. 65-71.

CHÁVARRI ARICHA, Antonio E.: *Respuestas a la Constitución Europea*, Madrid, Foca, 2005.

CHIRAC, Jacques: “Nuestra Europa”, 27 de junio de 2000, en Aldecoa Luzárraga, *La integración europea. Análisis histórico-institucional con textos y documentos*, vol. II, (1979-2002), Madrid, Tecnos, 2002, pp. 782-784.

CHITI, Mario P.: “¿Delimitación o reparto de competencias entre Unión Europea y Estados miembros?”, en García de Enterría (director), *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, Madrid, Civitas, 2002, pp. 69-83.

CLARK, Jane Perry: *The Rise of a New Federalism: Federal-State Cooperation in the United States*, New York, Columbia University Press, 1938.

CONSTANTINESCO, Vlad: *Compétences et pouvoirs dans les communautés européennes*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1974.

CRAIG, Paul: “Constituciones, constitucionalismo y la Unión Europea”, en García de Enterría (director), *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, Madrid, Civitas, 2002, pp. 229-265.

CROISAT, Maurice - QUERMONNE, Jean-Louis: *L'Europe et le fédéralisme*, París, Montchrestien, 1999.

CRUZ VILLALON, Pedro: *La Constitución Inédita. Estudios ante la constitucionalización de Europa*, Madrid, Trotta, 2004.

DASHWOOD, Alan: “The Limits of European Community Powers”, *European Law Review*, vol. 21, (1996), pp. 113-128.

DE AREILZA CARVAJAL, José María: “Variaciones sobre la limitación de competencias: la anulación de la directiva de publicidad del tabaco”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 8, (2000), pp. 643-662.

— “La Convención Europea: un balance”, *Política Exterior*, vol. XVII, nº 94, julio/agosto, (2003), pp. 43-52.

DE CARRERAS, Francesc: “Por una Constitución europea”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 90, (1995), pp. 193-220.

DE LA CUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás: “La discrecionalidad política del Ecofin en la aplicación del procedimiento por déficit excesivo. Reflexiones tras la sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de julio de 2004”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 126, (2004), pp. 151-176.

— “La ardua ratificación del Tratado de Lisboa. Penúltima estación: la sentencia del Tribunal Constitucional federal de 30 de junio de 2009”, *Revista General de Derecho Constitucional*, vol. 8, (2009), [www.iustel.com](http://www.iustel.com)

DELOCHE-GAUDEZ, Florence: “La Convention pour l’élaboration de la Charte des droits fondamentaux: une méthode d’avenir?”, *Notre Europe*, 2001 ([www.notre-europe.asso.fr](http://www.notre-europe.asso.fr)).

DE VEGA, Pedro: “Mundialización y Derecho Constitucional: La crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 100, (1998), pp. 13-76.

DEL VALLE GÁLVEZ, Alejandro: “Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia y Tratado de Lisboa”, en Martín y Pérez de Nanclares (coordinador), *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional*, Madrid, Iustel, 2008, pp. 417-435.

DIETZE, Gottfried: *The Federalist: a classic on federalism and free government*, Baltimore, The Johns Hopkins University Press, 1999.

DÍEZ-HOCHLEITNER, Javier: “El futuro del sistema competencial comunitario: algunas propuestas de reforma”, en García de Enterría (director), *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, Madrid, Civitas, 2002, pp. 85-102.

– “El sistema competencial de la Unión Europea en el Proyecto de Constitución elaborado por la Convención Europea”, en Albertí Rovira (director) - Roig Molés (coordinador), *El Proyecto de nueva Constitución Europea. Balance de los trabajos de la Convención sobre el futuro de Europa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 203-264.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Luis María: *Constitucionalismo de la Unión Europea*, Madrid, Civitas, 2002.

DONNELLY, Brendan: “Constitutionalisation Without a Constitution”, *Federal Trust Policy commentary*, January 2008.

DOUGLAS-SCOTT, Sionaidh: *Constitutional Law of the European Union*, Pearson, 2002.

DUFF, Andrew: “El dilema constitucional europeo”, en BORRELL FONTELLES, Josep (coordinador), *Europa en la encrucijada*, nº 12, Fundación Cajamar, 2007, pp. 115-131.

DUTHEIL DE LA ROCHÈRE - PERNICE, Ingolf: “European Union Law and National Constitutions”, Informe General presentado al XX Congreso de la FIDE, Londres, 2002, ([www.fide2002.org](http://www.fide2002.org)).

ELAZAR, Daniel J.: *Exploración del federalismo*, Barcelona, Hacer, 1990.

ESTEVE GARCÍA, Francina: “El nuevo estatuto jurídico de las lenguas cooficiales en España ante la Unión Europea”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 24, (2006), pp. 439-480.

ESTRELLA DE NORIEGA, Antonio: *The EU Principle of Subsidiarity and its Critique*, Oxford, Oxford University Press, 2002.

– “Por qué Europa necesita una Constitución”, *El País*, 22 de junio de 2002, pp. 13-14.

ENZENSBERGER, Hans Magnus: *El gentil monstruo de Bruselas o Europa bajo tutela*, Barcelona, Anagrama, 2012.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio: *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, Madrid, Tecnos, 2007.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón: “Sobre la necesaria elevación del rango de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad”, en García de Enterría (director), *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, Madrid, Civitas, 2002, pp. 103-110.

FERNÁNDEZ TOMÁS, Antonio: “La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa. Limitaciones a su alcance y eficacia generadas por el Protocolo para la aplicación de la Carta al Reino Unido y Polonia”, en Martín y Pérez de Nanclares (coordinador), *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional*, Madrid, Iustel, 2008, pp. 119-149.

FERRAJOLI, Luigi: “Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global”, *Isonomía*, nº 9, (1998), pp. 173-184.

FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela: *Luces y sombras del Tratado Constitucional Europeo*, Madrid, Dykinson, 2007.

FISCHER, Joschka: “De la Confederación a la Federación: reflexiones sobre la finalidad de la construcción europea”, Universidad Humboldt de Berlín, 12 de mayo de 2000, en Aldecoa Luzárraga, *La integración europea. Análisis histórico-institucional con textos y documentos*, vol. II, (1979-2002), Madrid, Tecnos, 2002, pp. 774-778.

— “¡Avanti Dilettanti!”, *El País*, 17 de diciembre de 2010, [http://www.elpais.com/articulo/opinion/Avanti/Dilettanti/elpepiopi/20101217elpepiopi\\_4/Tes](http://www.elpais.com/articulo/opinion/Avanti/Dilettanti/elpepiopi/20101217elpepiopi_4/Tes).

— “Salidas para Europa”, *El País*, 13 de septiembre de 2011, p. 27.

FLEINER-GERSTER, Thomas: “El federalismo suizo: la influencia del federalismo americano”, en Fleiner-Gerster *et alii*, *El federalismo en Europa*, Barcelona, Hacer, 1993, pp. 9-43.

FREI, Bruno S.: “Functional, Overlapping, Competing Jurisdictions: Redrawing the Geographic Borders of Administration”, *European Journal of Law Reform*, vol. V, nº 3-4, (2005), pp. 543-555.

FRIEDRICH, Carl J.: *Gobierno constitucional y democracia. Teoría y práctica en Europa y América*, vol. I, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1975.

GAGNON, Alain G.: *Quebec y el federalismo canadiense*, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1998.

GAMALLO ALLER, Jesús María: “La perspectiva regional del Proyecto de Constitución Europea”, en Pueyo Losa (director), *Constitución y ampliación de la Unión Europea. Crisis y nuevos retos*, Santiago de Compostela, Tórculo, 2004.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, Madrid, Civitas, 2001.

GARCÍA-PELAYO Y ALONSO, Manuel: *Derecho constitucional comparado*, Madrid, Alianza, 1999.

— “Constitución y Derecho Constitucional (Evolución y crisis de ambos conceptos)”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 37-38, (1948), pp. 53-122.

GARTON ASH, Timothy: “Cameron debilita a la Unión Europea”, *El País*, 10 de diciembre de 2011, p. 6.

GERKRATH, Jörg.: *L’emergence d’un droit constitutionnel pour l’Europe*, Bruselas, ULB, 1997.

GIL-ROBLES GIL-DELGADO, José María: Prólogo a *La Europa que viene: El Tratado de Lisboa*, Madrid, Marcial Pons, 2010, pp. 15-17.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim: *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Almedina, 2002.

GONZÁLEZ ALONSO, Luis: “¿Quién dijo que desaparecen los pilares? La configuración jurídica de la acción exterior de la Unión Europea en el Tratado de Lisboa?”, en Martín y Pérez de Nanclares (coordinador), *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional*, Madrid, Iustel, 2008, pp. 393-403.

GONZÁLEZ ENCINAR, José Juan: *El Estado unitario-federal*, Madrid, Tecnos, 1985.

GONZÁLEZ MÁRQUEZ, Felipe: “La Unión Europea: crisis y futuro”, *El País*, 12 de septiembre de 2010, p. 31.

GORING, Randi: “Requirements for the emerging European Constitution”, Walter Hallstein Institut-Paper, nº 2, (2003).

GRIMM, Dieter: “¿Necesita Europa una Constitución?”, *Debats*, nº 55, (1996), pp. 4-20.

GROPPI, Tania: “La «primauté» del Derecho Europeo sobre el Derecho Constitucional nacional: un punto de vista comparado”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 5, (2006), pp. 225-243.

GROS-VERHEYDE, Nicolas: “Une Charte à valeur juridique variable”, *Europolitique*, nº 3407, (2007), p. 13.



GUINEA LLORENTE, Mercedes: “La Conferencia Intergubernamental de 2007 y la política constitucional de la Unión Europea: una conferencia técnica parte del proceso constitucional”, en Martín y Pérez de Nanclares (coordinador), *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional*, Madrid, Iustel, 2008.

GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo: “La nueva regla de la mayoría cualificada y sus paliativos temporales”, en Martín y Pérez de Nanclares (coordinador), *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional*, Madrid, Iustel, 2008, pp. 241-250.

HÄBERLE, Peter: “El Tratado de reforma de Lisboa de 2007”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 9, (2008), pp. 11-22.

HABERMAS, Jürgen: *Ay Europa*, Madrid, Trotta, 2009.

— “Observaciones a “¿Necesita Europa una Constitución?”, *Debats*, nº 55, (1996), pp. 21-24.

HARTLEY, Trevor C.: *The Foundations of EEC Law*, Oxford, Clarendon, 1998.

— “The Community Legal Order: A British View”, *Série de publications de l’Académie de Droit Européen de Trèves*, vol. 21, (1997), pp. 57-62.

HELLER, Hermann: *Teoría del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1987.

HERRERO DE MIÑÓN, Miguel: “La bicicleta apócrifa”, *El País*, 24 de noviembre de 2002, p. 15.

HESSE, Konrad: *Der unitarische Bundesstaat*, Karlsruhe, 1962.

HINOJOSA MARTÍNEZ, Luis Miguel: *El reparto de competencias entre la Unión Europea y sus Estados Miembros*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.

HOBBS, Thomas: *Leviatán o la materia, forma y poder de una república, eclesiástica y civil*, México, Fondo de Cultura Económica, 2006.

IPSEN, Hans-Peter: “La posición jurídica de las Comunidades”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 14, (2010), pp. 461-489.

ISAAC, Guy: *Manual de Derecho Comunitario General*, Barcelona, Ariel, 1991.

JELLINEK, Georg: *Allgemeine Staatslehre*, Berlín, Häring, 1914.

JIMENA QUESADA, Luis: *Sistema Europeo de Derechos Fundamentales*, Madrid, Colex, 2006.

JIMENA QUESADA, Luis - ALEGRE MARTÍNEZ, Miguel Ángel: *Fundamentos Constitucionales de la Unión Europea*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2006.

JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael: “El Proyecto de «Constitución Europea» y el sistema de fuentes del Derecho”, en Albertí Rovira (director) - Roig Molés (coordinador), *El Proyecto de nueva Constitución Europea. Balance de los trabajos de la Convención sobre el futuro de Europa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 265-325.

JOERGES, Christian - MÉNY, Yves - WEILER, J.H.H.: “What kind of Constitution for what kind of Polity? Responses to Joschka Fischer, Jean Monnet Working Papers, New York University, nº 7, (2000).

JOSPIN, Lionel: “El futuro de Europa ampliada”, 28 de mayo de 2001, en Aldecoa Luzárraga, *La integración europea. Análisis histórico-institucional con textos y documentos*, vol. II, (1979-2002), Madrid, Tecnos, 2002, pp. 816-823.

KELSEN, Hans: *Teoría General del Estado*, Granada, Comares, 2002.

KETCHAM, Ralph: *Escritos antifederalistas y debates de la convención constitucional de EE.UU.*, Barcelona, Hacer, 1996.

KIRCHHOF, Paul: “Bildung und Beschäftigung in der Europäischen Union”, *EU-Nachrichten*, nº 18/19, (1994).

KLABBERS, Jan - PETERS, Anne - ULFSTEIN, Geir: *The Constitutionalization of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

LABAND, Paul: *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, Tubinga, Scientia, 1964.

LA PERGOLA, Antonio: *Los nuevos senderos del federalismo*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

LASSALLE, Ferdinand: *¿Qué es una constitución?*, Barcelona, Ariel, 1994.

LEBEN, Charles: “A Federation of Nation States or a Federal State?”, *Jean Monnet Working Paper*, New York University, nº 7, (2000).

LEINEN, Jo - KREUTZ, Jan: “El futuro de Europa. Sacando a Europa de la crisis constitucional”, en BORRELL FONTELLES, Josep (coordinador), *Europa en la encrucijada*, nº 12, Fundación Cajamar, 2007, pp. 147-159.

LENAERTS, Koen - VAN NUFFEL, Piet: *Constitutional Law of the European Union*, Londres, Thomsom, 2005.

LIJPHART, Arend: “Consociation and Federation: Conceptual and Empirical Links”, *Canadian Journal of Political Science*, nº 12, (1979), pp. 499-515.

LOCKE, John: *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, Madrid, Alianza, 2000.

LOEWENSTEIN, Karl: *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1976.

LÓPEZ ÁLVAREZ, Luis Felipe: *Federalismo y administración única en la Constitución*, Santiago de Compostela, EGAP, 1997.

LÓPEZ CASTILLO, Antonio: *La Constitución de Europa a debate. Estudios sobre el complejo constitucional de la Unión*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.

LÓPEZ GUERRA, Luis: *Introducción al Derecho Constitucional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994.

LOUIS, Jean-Victor: *El ordenamiento jurídico comunitario*, Luxemburgo, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 1991.

LUCAS VERDÚ, Pablo: *Federalismo y Estado federal*, Barcelona, Francisco Seix, 1957.

MACCORMICK, Neil: “La sentencia de Maastricht: soberanía ahora”, *Debats*, nº 55, (1996), pp. 25-30.

MADISON, James - HAMILTON, Alexander - JAY, John: *The Federalist Papers*, London, Penguin Books, 1987.

MANGAS MARTÍN, Araceli: *La Constitución Europea*, Madrid, Iustel, 2005.

— “La Unión Europea y su futuro: El debate competencial”, *Noticias de la Unión Europea*, nº 218, (2003), pp. 79-93.

— “El escoramiento intergubernamental de la Unión”, en Martín y Pérez de Nanclares (coordinador), *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional*, Madrid, Iustel, 2008, pp. 227-239.

MANGAS MARTÍN, Araceli - LIÑÁN NOGUERAS, Diego J.: *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Madrid, McGraw Hill, 1999.

— *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Madrid, Tecnos, 2010.

MARISCAL BERAATEGUI, Nicolás: “De la ratificación fallida de la Constitución al Tratado de Lisboa”, en Martín y Pérez de Nanclares (coordinador), *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional*, Madrid, Iustel, 2008, pp. 57-85.

MARC, Alexandre: *Du communalisme au fédéralisme intégral*, La Fédération, París, 1950.

MARKS, Gary - LLAMAZARES, Iván: “Gobernación de múltiples niveles, movilización regional e identidades subestatales en la Unión Europea”, en Llamazares *et alii*, *Aspectos políticos y sociales de la integración europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, pp. 159-177.

MARTÍNEZ ARRIBAS, Fernando: “El sistema de competencias de la Unión Europea previsto en el Tratado de Lisboa”, en Pereira Menaut (coordinador), *Código Constitucional de la Unión Europea*, Santiago de Compostela, Andavira, 2011, pp. 83-109.

MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José: *El sistema de competencias de la Comunidad Europea*, Madrid, McGraw Hill, 1997.

— “The Federal Elements of the European Union”, *Zeitschrift für Europarechtliche Studien*, nº 4, (2001), pp. 595-625.

— “La delimitación de competencias entre la Unión Europea y los Estados miembros: sobre el difícil equilibrio entre la flexibilidad, la eficacia y la transparencia”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 12, (2002), pp. 343-391.

— “Soluciones al actual *impasse* constitucional en la Unión Europea: la opción del *Tratado reducido*”, *Working Paper*, Real Instituto Elcano, 2007.

— “La nueva regulación del régimen de competencias en el Tratado de Lisboa: especial referencia al control del principio de subsidiariedad”, en Martín y Pérez de Nanclares (coordinador), *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional*, Madrid, Iustel, 2008, pp. 273-294.

— “Órdago del Tribunal Constitucional alemán al proceso de integración europea (algo más que una sentencia crítica con el Tratado de Lisboa)”, *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, nº 13, (2011), pp. 97-145.

MATTEUCCI, Nicola: *Lo Stato Moderno. Lessico e percorsi*, Bolonia, Il Mulino, 1997.

MAYER, Franz C.: “La Charte Européenne des droits fondamentaux et la Constitution Européenne”, *Walter Hallstein Institut-Paper*, nº 11, (2003).

MÉNDEZ DE VIGO, Íñigo: *El rompecabezas. Así redactamos la Constitución Europea*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2005.

MÍGUEZ MACHO, Luis: “La sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 30 de junio de 2009, sobre el Tratado de Lisboa”, en Pereira Menaut (coordinador), *Código Constitucional de la Unión Europea*, Santiago de Compostela, Andavira, 2011, pp. 111-139.

MILLÁN MORO, Lucía: “El ordenamiento jurídico comunitario: del Tratado Constitucional al Tratado de Lisboa”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 36, (2010), pp. 401-438.

MOLINA A. DE CIENFUEGOS, Ignacio: “Abrir la Constitución Española a la integración europea: opciones y modelos”, *Análisis del Real Instituto Elcano*, nº 21, (2005).

MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco: *La Constitución Europea*, Madrid, Ramón Areces, 2005.

MONEDERO, Juan Carlos: “La Constitución destituyente de Europa. (La zanahoria europeísta y el palo neoliberal)”, en Monedero (editor), *La Constitución destituyente de Europa. Razones para otro debate constitucional*, Madrid, Catarata, 2005.

MONTESQUIEU: *Del espíritu de las leyes*, Madrid, Tecnos, 1980.

MORATA, Francesc: *La Unión Europea. Procesos, actores y políticas*, Barcelona, Ariel, 1999.

MORTATI, Constantino: *La Costituzione in senso materiale*, Milan, Giuffrè, 1940.

NAEF, Werner: *La idea del Estado en la Edad Moderna*, Madrid, Nueva Época, 1947.

NEMECKOVA, Petra: “La sentencia del Tribunal Constitucional checo de 26.11.2008 sobre la compatibilidad del Tratado de Lisboa con la Constitución de la República Checa”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 32, (2009), pp. 239-258.

NORMAN, Peter: *The accidental Constitution. The making of Europe's Constitutional Treaty*, Bruselas, EuroComment, 2005.

NÚÑEZ POBLETE, Manuel: *Unidad y diversidad, derechos fundamentales y pluralismo jurídico en el modelo constitucional europeo*, Santiago de Compostela, Universidade de Santiago de Compostela, 2005 (tesis doctoral).

— “Una introducción al constitucionalismo postmoderno y al pluralismo constitucional”, en Pereira Menaut *et alii*, *Multiconstitucionalismo e multigobierno. Estados e rexións na Unión Europea*, Santiago de Compostela, Universidade de Santiago de Compostela, 2005, pp. 19-55.

OPPENHEIMER, Walter: “Niebla en el canal: Gran Bretaña aislada”, *El País*, 10 de diciembre de 2011, p. 4.

OREJA AGUIRRE, Marcelino: “En busca de una Constitución para Europa”, *Política Exterior*, vol. XVI, nº 88, julio/agosto, (2002), pp. 87-101.

PALACIO, Ana: “La Convención Europea, un gran avance”, *Política Exterior*, vol. XVII, nº 91, enero/febrero, (2003), pp. 47-58.

PANDELIDES, Andreas E.: *Federal Constitutions and the division of Powers and Competences between the Federation and the States*, Nicosia, Intercollege Press, 2000.

PASTOR RIDRUEJO, José Antonio: “La adhesión de la Unión Europea a la Convención Europea sobre derechos humanos y libertades fundamentales”, en Martín y Pérez de Nanclores (coordinador), *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional*, Madrid, Iustel, 2008, pp. 151-157.

PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos: *El ejemplo constitucional de Inglaterra*, Madrid, Universidad Complutense, 1992.

— *Invitación al estudio de la Constitución de los Estados Unidos*, Santiago de Compostela, Tórculo, 1998.

— *Rule of Law* o Estado de Derecho, Madrid, Marcial Pons, 2003.

— *Sistema Político y Constitucional de Alemania. Una introducción*, Santiago de Compostela, Tórculo, 2003.

— *Lecciones de Teoría Constitucional*, Madrid, Colex, 2010.

- “Crecer en constitucionalismo sin crecer en estatismo”, *Temas de Integração*, nº 12-13, (2001-2002), pp. 105-129.
- “Después de la soberanía”, *Revista de Derecho Político*, UNED, nº 50, (2001), pp. 55-82.
- “Invitación al estudio de la Constitución de la Unión Europea”, *Revista de Derecho Político*, UNED, nº 53, (2002), pp. 206-207.
- “¿Otro modelo constitucional para Europa?”, en López Mira - Cancela Outeda (coordinadores), *Europa, Europa*, Santiago de Compostela, Tórculo, 2006, pp. 165-206.
- “Comentario sobre la Carta Europea de Derechos Fundamentales”, en Pereira Menaut (coordinador), *Código Constitucional de la Unión Europea*, Santiago de Compostela, Andavira, 2011, pp. 141-169.

PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos - LÓPEZ ÁLVAREZ, Luis Felipe - LÓPEZ MIRA, Álvaro - MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio: *Temas de Derecho Constitucional Español. Una visión problemática*, Santiago de Compostela, Follas Novas, 1996.

PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos - BRONFMAN, Alan - CANCELA OUTEDA, Celso - HAKANSSON, Carlos: *La Constitución europea. Tratados constitutivos y jurisprudencia*, Santiago de Compostela, Universidade de Santiago de Compostela, 2000.

PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos - CANCELA OUTEDA, Celso - MARTÍNEZ ARRIBAS, Fernando - NÚÑEZ POBLETE, Manuel: *Proxecto de Tratado polo que se institúe unha Constitución para Europa*, Santiago de Compostela, Fundación Galicia Europa, 2003.

PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos (coordinador): *Código Constitucional de la Unión Europea*, Santiago de Compostela, Andavira, 2011.

PÉREZ GONZÁLEZ, Manuel: “La incidencia del principio de subsidiariedad en las regiones”, en Martín y Pérez de Nanclares (coordinador), *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional*, Madrid, Iustel, 2008, pp. 295-308.

PÉREZ ROYO, Javier: *Las fuentes del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1988.

- “La reforma constitucional en perspectiva”, *El País*, 5 de septiembre de 2011, p. 27.



PÉREZ TREMP, Pablo: “La Constitución Española ante la Constitución Europea”, en Albertí Rovira (director) - Roig Molés (coordinador), *El Proyecto de nueva Constitución Europea. Balance de los trabajos de la Convención sobre el futuro de Europa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 485-526.

PERNICE, Ingolf: “The European Constitution”, *16<sup>th</sup> Sinclair-House Talks*, Bad Homburg, 2001.

— “Multilevel constitutionalism in the European Union”, *European Law Review*, vol. 27, (2002), pp. 511-529.

— “The Charter of Fundamental Rights in the Constitution of the EU”, Walter Hallstein Institut-Paper, nº 14, (2002).

PERNICE, Ingolf - MAYER, Franz C.: “La Costituzione integrata dell’Europa”, Walter Hallstein Institut-Paper, nº 7, (2003), pp. 43-68.

PETERS, Anne: “The Bananas Decision (2000) of the German Federal Constitutional Court: Towards Reconciliation with the European Court of Justice as Regards Fundamental Rights Protection in Europe”, *German Yearbook of International Law*, vol. 43, (2000), pp. 276-282.

PIRIS, Jean-Claude, *El Tratado Constitucional para Europa: un análisis jurídico*, Madrid, Marcial Pons, 2006.

POIARES MADURO, Miguel: “The Constitutional treaty and the Nature of European Constitutionalism: The Tension between Intergovernmentalism and Constitutionalism in the European Union”, en Closa - Sola (editores), *La Constitución de la Unión Europea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, pp. 41-83.

PORTILLA MARTOS, José Antonio: *Derecho de la Unión Europea y comunidades autónomas. El desarrollo normativo del derecho de la Unión en el estado autonómico*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

POWELL, Charles: “El gobierno español ante el proyecto de Tratado Constitucional”, *Análisis del Real Instituto Elcano*, ([www.realinstitutoelcano.org/analisis](http://www.realinstitutoelcano.org/analisis)), 23 de junio de 2003.

PROUDHON, Pierre-Joseph: *El principio federativo*, Madrid, Sarpe, 1985.

PUEYO LOSA, Jorge (director): *Constitución y ampliación de la Unión Europea. Crisis y nuevos retos*, Santiago de Compostela, Tórculo, 2004.

QUERMONNE, Jean-Luis: “Existe-t-il un modèle politique européen?”, *Revue Française de Science Politique*, nº 2, (1990), pp. 192-211.

— “Le traité constitutionnel européen, est-il un acte refondateur?”, *Politique Étrangère*, nº 2, (2005), pp. 245-256.

ROBLES CARRILLO, Margarita: “El método abierto de coordinación tras el Tratado de Lisboa”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº 92, (2011), pp. 283-325.

RODRÍGUEZ IGLESIAS, Gil Carlos: “¿Una Constitución para Europa?”, *El País*, 1 de marzo de 2002, pp. 13-14.

ROIG MOLÉS, Eduard: *Las Comunidades Autónomas y la posición española en asuntos europeos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.

ROJO SALGADO, Argimiro: *El modelo federalista de integración europea. La Europa de los estados y de las regiones*, Madrid, Dykinson, 1996.

— *La Exigencia de participación regional en la Unión Europea: de la regionalización estatal a la regionalización comunitaria*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1996.

— “O avance do modelo regional europeo: do Tratado de Roma á Convención”, en Cancela Outeda (coordinador), *Ampliación e Convención: Galicia na encrucillada Europea*, Santiago de Compostela, Tórculo, 2004, pp. 179-207.

ROLDÁN MARTÍN, Áurea: “El Dictamen del Consejo de Estado sobre el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (Dictamen 2.544/2004, de 21 de octubre)”, *Boletín de la Facultad de Derecho*, UNED, nº 26, (2005), pp. 335-354.

ROUSSEAU, Jean-Jacques: *El contrato social*, Valladolid, Maxtor, 2008.

RUBIO LLORENTE, Francisco: “El referéndum superfluo y el necesario”, *El País*, 11 de julio de 2003, pp. 13-14.

RUIPÉREZ ALAMILLO, Javier: “La «Constitución Europea» y la teoría del poder constituyente”, en Corcuera Atienza *et alii*, *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Madrid, Dykinson, 2002, pp. 491-548.

RUIZ MIGUEL, Carlos: *O Dereito Público de Galicia*, Santiago de Compostela, Universidade de Santiago de Compostela, 1997.

— “El largo y tortuoso camino hacia la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, en Ruiz Miguel (coordinador), *Estudios sobre la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Santiago de Compostela, Universidade de Santiago de Compostela, 2004, pp. 13-51.

— “Análisis crítico de la pseudo-constitución europea”, Grupo de Estudios Estratégicos GEES, nº 241, (2005).

RUIZ MIGUEL, Carlos (coordinador): *Estudios sobre la Carta Europea de los Derechos Fundamentales*, Santiago de Compostela, Universidade de Santiago de Compostela, 2004.

SÁENZ DE SANTA MARÍA, Paz Andrés: “El sistema institucional en el Tratado de Lisboa: entre la continuidad y el cambio”, en Martín y Pérez de Nanclares (coordinador), *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional*, Madrid, Iustel, 2008, pp. 205-225.

SÁNCHEZ PATRÓN, José Manuel: “La reforma de la Constitución española y el proceso de integración europea. Comentario al informe del Consejo de Estado de 16 de febrero de 2006”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 24, (2006), pp. 571-591.

SÁNCHEZ RUIZ, Ana Isabel: *Federalismo e Integración Europea. La distribución de competencias en los sistemas alemán y comunitario*, Instituto Vasco de Administración Pública, 1997.

SÁNZ LARRUGA, Francisco Javier: “El ordenamiento europeo, el derecho administrativo español y el derecho a una buena administración”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 13, (2009), pp. 729-751.

SARKOZY, Nicolas: “L’Europe de demain, une nouvelle vision française”, *Discours à l’invitation des Amis de l’Europe et la Fondation Robert Schuman*, Bruselas, Bibliothèque Solvay, 8 de septiembre de 2006.

SCHÄFFER, Heinz: “El federalismo austriaco: concepto jurídico y realidad política”, en Fleiner-Gerster *et alii*, *El federalismo en Europa*, Barcelona, Hacer, 1993, pp. 83-125.

SCHARPF, F.: “The joint-decision trap: lessons from German federalism and European Integration”, *Public Administration*, vol. 66, (1988).

SCHMITT, Carl: *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza Editorial, 1982.

SCHRÖDER, Gerhard: “Responsabilidad por Europa”, 30 de abril de 2001, en Aldecoa Luzárraga, *La integración europea. Análisis histórico-institucional con textos y documentos*, vol. II, (1979-2002), Madrid, Tecnos, 2002, pp. 805-816.

SCHWARTZ, Bernard: *El federalismo norteamericano actual*, Madrid, Civitas, 1984.

SCHWARZE, Jürgen: “Perspectivas constitucionales de la Unión Europea ante la próxima CIG de 2004”, en García de Enterría (director), *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, Madrid, Civitas, 2002, pp. 299-311.

SCHWÖBEL, Christine: “The Appeal of the Project of Global Constitutionalism to Public International Lawyers”, *German Law Journal*, vol. 13, nº 1 (2012).

SHAW, Jo: “The Draft Treaty establishing a Constitution for Europe: a forward-looking and outward-looking document?”, en Xuereb (Editor), *The Value(s) of a Constitution for Europe*, European Documentation and Research Centre, Malta, 2004.

SIDJANSKI, Dusan: *El futuro federalista de Europa. De los orígenes de la Comunidad Europea a la Unión Europea*, Barcelona, Ariel, 1998.

SIEYÈS, Emmanuel: *¿Qué es el Estado llano?*, Madrid, 1950, pp. 149-156.

SOBRINO HEREDIA, José Manuel: “La personalidad jurídica de la Unión Europea”, en Martín y Pérez de Nanclares (coordinador), *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional*, Madrid, Iustel, 2008, pp. 333-348.

SOLER SÁNCHEZ, Margarita: “Libertad de reunión y asociación”, en Álvarez Conde - Garrido Mayol (coordinadores), *Comentarios a la Constitución Europea*, vol. II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 409-432.

STERN, Klaus: *Jurisdicción constitucional y legislador*, Madrid, Dykinson, 2009.

STITH, Richard T. - WEILER, Joseph H. H.: *Dos visiones norteamericanas de la jurisdicción de la Unión Europea*, Santiago de Compostela, Universidade de Santiago de Compostela, 2000.

STOFFEL VALLOTTON, Nicole: “La adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales: evolución de la cuestión, previsiones y posibles consecuencias”, en Martín y Pérez de Nanclares (coordinador), *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional*, Madrid, Iustel, 2008, pp. 179-198.

STRAZZARI, Davide: “Le competenze complementari e il metodo aperto di coordinamento: suggerimenti per un ruolo più attivo delle Regioni in ambito comunitario”, *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, vol. I, (2003), pp. 220-251.

TENORIO SÁNCHEZ, Pedro: “Tribunal Constitucional y cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *Diario La Ley*, nº 7520, sección Tribuna, 30 de noviembre de 2010.

TEUBNER, Gunther: *Global Law Without a State*, Aldershot, Dartmouth, 1997.

TORREBLANCA PAYÁ, José Ignacio: “¿Quién teme a la Convención?”, *Análisis del Real Instituto Elcano*, nº 2, (2003), pp. 4-7.

— “España toma la iniciativa europea”, Real Instituto Elcano, nº 8, 2007.

— “Cinco razones por las que Europa se resquebraja”, *El País Domingo*, 15 de mayo de 2011, pp. 2-5.

TORRES DEL MORAL, Antonio: *Estado de Derecho y Democracia de Partidos*, Madrid, Universidad Complutense, 2010.

— “Relaciones entre la Unión Europea y los Estados miembros según el Tratado Constitucional Europeo. Principios que las rigen”, *Revista de Derecho Político*, nº 65, (2006), pp. 91-114.

TOSATO, Gian Luigi: “The Vertical Distribution of competences in the EU Draft Constitutional Text”, *The International Spectator*, vol. XXXVIII, nº 2, (2003), pp. 43-58.

TRUYOL Y SERRA, Antonio: *La integración europea. Análisis histórico-institucional con textos y documentos*, vol. I, (1951-1979), Madrid, Tecnos, 2002.

URREA CORRES, Mariola: “La efectividad del derecho de retirada, el sistema de reforma y las cooperaciones reforzadas”, en Martín y Pérez de Nanclares (coordinador), *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional*, Madrid, Iustel, 2008, pp. 687-703.

USHER, John A.: “Case C-376/98, *Germany v. European Parliament and Council (tobacco advertising)*. Judgement of the Full Court of 5 October 2000, [2000] ECR I-8419”, *Common Market Law Review*, nº 38, (2001), pp. 1519-1543.

VAN KERSBERGEN, Kees - VEERBEK, Bertjan: “The Politics of Subsidiarity in the European Union”, *Journal of Common Market Studies*, vol. 32, nº 2, (1994), pp. 215-236.

VERGÉS BAUSILI, Anna: “Rethinking the Methods of Dividing and Exercising Powers in the EU: Reforming Subsidiarity and National Parliaments”, *Jean Monnet Working Paper*, New York, nº 9, (2002).

VERHOFSTADT, Guy: *Los Estados Unidos de Europa*, Santiago de Compostela, Universidade de Santiago de Compostela, 2006.

VIDAL-FOLCH, Xavier: “Es una tomadura de pelo o solo lo parece”, *El País*, 31 de enero de 2012, p. 4.

VIDAL PRADO, Carlos: “La compatibilidad del Tratado Constitucional Europeo con la Constitución Española”, *Persona y Derecho*, nº 55, (2006), pp. 999-1055.

VIDAL PRADO, Carlos (coordinador): *Sentencia “Lisboa” del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011.

VON BOGDANDY, Armin: “The European Union as a Supranational Federation: A Conceptual Attempt in the Light of the Amsterdam Treaty”, *The Columbia Journal of European Law*, vol. 6, (2000), pp. 27-54.

— “Doctrine of Principles”, *European Integration: The New German Scholarship*, *Jean Monnet Working Paper*, New York, nº 9, (2003).

VON BOGDANDY, Armin - BAST, Jürgen: “El orden competencial vertical de la Unión Europea: contenido y perspectivas de reforma”, en García de Enterría (director), *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, Madrid, Civitas, 2002, pp. 19-67.

VON BOGDANDY, Armin - BAST, Jürgen (editores): *Principles of European Constitutional Law*, Oxford, Hart Publishing, 2007.

VOYENNE, Bernard: *Histoire de l'idée fédéraliste*, Paris-Niza, Presses d'Europe, 1973-1981.

WALKER, Neil: "Constitutionalising Enlargement, Enlarging Constitutionalism", *European Law Journal*, vol. 9, (2003), pp. 365-385.

WEATHERILL, Stephen: "The Limits of Legislative Harmonization Ten Years after *Tobacco Advertising*: How the Court's Case Law has become a "Drafting guide"", *German Law Journal*, vol. 12, nº 3, (2011), pp. 827-864.

WEBER, Albrecht: "La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 64, (2002), pp. 79-97.

WEBER, Max: *El político y el científico*, Madrid, Alianza, 1979.

WEILER, Joseph H. H.: *The Constitution of Europe: do the new clothes have an emperor?: and other essays of european integration*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999.

– *Una Europa cristiana. Ensayo exploratorio*, Madrid, Encuentro, 2003.

WHEARE, Kenneth C.: *Federal Government*, Oxford, Oxford University Press, 1951.

YOUNG, Ernest A.: "Protecting Member State Autonomy in the European Union: Some Cautionary Tales from American Federation", *New York University Law Review*, vol. 77, nº 6, (2002), pp. 1612-1737.

ZAGREBELSKY, Gustavo: *El Derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 1995.

\* \* \*



## APÉNDICE DE RESOLUCIONES DE ÓRGANOS JURISDICCIONALES

### I. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA \*

- Sentencia de 29 de noviembre de 1956, *Fédération charbonnière de Belgique/Haute Autorité*, asunto 8/55 (en relación con la CECA).
- Sentencia de 15 de julio de 1960 *Italia/Alta Autoridad*, asunto 20/59.
- Sentencia de 5 de febrero de 1963, *Van Gend en Loos/Administration Fiscale Néerlandaise*, asunto 26/62.
- Sentencia de 15 de julio de 1964, *Costa/ENEL*, asunto 6/64.
- Sentencia de 13 de noviembre de 1964, *Comisión/Luxemburgo y Bélgica*, asunto 90-91/63.
- Sentencia de 18 de junio de 1970, *Hauptzollamt Bremen/Krohn & Co.*, asunto 74/69.
- Sentencia de 17 de diciembre de 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH/Einfuhr-und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, asunto 11/70.
- Sentencia de 31 de marzo de 1971, *Comisión/Consejo*, asunto 22/70.
- Sentencia de 15 de diciembre de 1971, *International Fruit Company*, asunto 51/71.
- Sentencia de 7 de febrero de 1973, *Comisión/Italia*, asunto 39/72.
- Sentencia de 12 de julio de 1973, *Hauptzollamt Bremerhaven/Massey-Ferguson*, asunto 8/73.
- Sentencia de 10 de octubre de 1973, *Variola/Amministrazione italiana delle Finanze*, asunto 34/73.
- Sentencia de 11 de diciembre de 1973, *Nordsee/Federal Republic of Germany*, asunto 122/73.
- Sentencia de 14 de mayo de 1974, *Nold, Kohlen-und Baustoffgroßhandlung/Comisión*, asunto 4/73.
- Sentencia de 14 de julio de 1976, *Cornelys Kramer e. a.*, asuntos 3-4 y 6/76.

---

\* La denominación actual es la de Tribunal de Justicia de la Unión Europea, derivada de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009, si bien hasta entonces se conocía como Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. El 1 de septiembre de 1989 se agregó un Tribunal de Primera Instancia (hoy llamado Tribunal General), de modo que a partir de ese momento los asuntos de que conociera el Tribunal de Justicia irían precedidos de la inicial C, mientras que los asuntos del Tribunal de Primera Instancia se conocerían con la letra T. Para referirnos a las controversias entre los estados y las instituciones de la Unión (o entre éstas) hemos utilizado el español, mientras que para las que tuvieran lugar entre los estados o instituciones de la Unión con los particulares o entre éstos, se emplea su lengua respectiva o, en su defecto, el inglés.

- Sentencia de 15 de diciembre de 1976, *Donckerwolcke e. a./ Procureur de la République e. a.*, asunto 41/76.
- Sentencia de 31 de enero de 1978, *Fratelli Zerbone/Amministrazione delle Finanze dello Stato*, asunto 94/77.
- Sentencia de 9 de marzo de 1978, *Administration des finances de l'État/Société anonyme Simmenthal*, asunto 106/77.
- Sentencia de 5 de abril de 1979, *Pubblico Ministero/Ratti*, asunto 148/78.
- Sentencia de 29 de octubre de 1980, *S.A. Roquette Frères/Consejo*, asunto 138/79.
- Sentencia de 5 de mayo de 1981, *Comisión/Reino Unido*, asunto 804/79.
- Sentencia de 19 de enero de 1982, *Ursula Becker/Finanzamt Münster-Innenstadt*, asunto 8/81.
- Sentencia de 10 de febrero de 1983, *Luxemburgo/Parlamento Europeo*, asunto 230/81.
- Sentencia de 21 de septiembre de 1983, *Deutsche Milchkontor and others/Federal Republic of Germany*, asunto 215/82.
- Sentencia de 15 de enero de 1986, *Hurd/Jones*, asunto 44/84.
- Sentencia de 18 de febrero de 1986, *Bulk Oil/Sun International*, asunto 174/84.
- Sentencia de 23 de abril de 1986, *Los Verdes/Parlamento Europeo*, asunto 294/83.
- Sentencia de 15 de octubre de 1986, *Comisión/Italia*, asunto 168/85.
- Sentencia de 26 de marzo de 1987, *Comisión/Consejo*, asunto 45/86.
- Sentencia de 22 de octubre de 1987, *Foto Frost/Hauptzollamt*, asunto 314/85.
- Sentencia de 22 de junio de 1989, *Fratelli Constanzo/Comune di Milano*, asunto 103/88.
- Sentencia de 21 de septiembre de 1989, *Commission/Grece*, asunto 68/88.
- Sentencia de 19 de noviembre de 1991, *Francovich and Bonifaci/Italy*, asuntos C-6/90 y C-9/90.
- Dictamen 1/94, de 15 de noviembre de 1994, *sobre la competencia de la Comunidad para celebrar los Acuerdos resultantes de la Ronda Uruguay del GATT*.
- Sentencia de 26 de octubre de 1995, *Comisión/Luxemburgo*, asunto C-151/1994.
- Sentencia de 15 de diciembre de 1995, *Bosman/Union royale belge des sociétés de football association ASBL*, asunto C-415/93.
- Dictamen 2/94, de 28 de marzo de 1996, *sobre la adhesión de la Comunidad al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*.

- Sentencia de 12 de noviembre de 1996, *Reino Unido/Consejo*, asunto C-84/94.
- Sentencia de 20 de marzo de 1997, *Francia/Comisión*, asunto C-57/95.
- Sentencia de 13 de mayo de 1997, *República Federal de Alemania/Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea*, asunto C-233/94.
- Sentencia de 10 de julio de 1997, *Rosalba Palmisani/INPS*, asunto C-261/95.
- Sentencia de 11 de enero de 2000, *Tanja Kreil/Bundesrepublik Deutschland*, asunto C-285/98.
- Sentencia de 5 de octubre de 2000, *Alemania/Parlamento Europeo y Consejo*, asunto C-376/98.
- Sentencia de 20 de junio de 2002, *Mulligan and others/Minister of Agriculture and Food, Ireland and Attorney General*, asunto C-313/99.
- Sentencia de 30 de septiembre de 2003, *Köbler/Austria*, asunto C-224/01.
- Sentencia de 13 de julio de 2004, *Comisión/Consejo de la Unión Europea*, asunto C-27/04.
- Sentencia de 10 de marzo de 2005, *Tempelman and Mr. and Mrs. van Schaijk /Directeur van de Rijksdienst voor de keuring van Vee en Vlees*, asuntos C-96/03 y C-97/03.
- Sentencia de 12 de julio de 2005, *Alliance for Natural Health, National Association of Health Stores et alii/Secretary of State for Health et alii*, asunto C-154/04 y C-155/04).
- Sentencia de 22 de noviembre de 2005, *Werner Mangold/Rüdiger Helm*, asunto C-144/04.
- Sentencia de 12 de diciembre de 2006, *Alemania/Parlamento Europeo y Consejo*, asunto C-380/03.
- Sentencia de 10 de febrero de 2009, *Irlanda/Parlamento Europeo y Consejo*, asunto C-301/06.
- Sentencia de 19 de enero de 2010, *Küçükdevec/Swedex GMBH & co. KG*, asunto C-555/07.
- Sentencia de 8 de junio de 2010, *Vodafone, O2 et alii/Secretary of State*, asunto C-58/08.
- Sentencia de 5 de octubre de 2010, *McB./E.*, asunto C-400/10 PPU.
- Auto de 12 de noviembre de 2010, *Asparuhov et alii/Ministerski savet na Republika Bulgaria*, asunto C-339/10.

- Sentencia de 1 de marzo de 2011, *Association Belge des Consommateurs Test-Achats ASBL/Conseil des Ministres*, asunto C-236/09.

## **II. TRIBUNAL EUROPEO DE LOS DERECHOS HUMANOS**

- Sentencia de 18 de febrero de 1999, *Matthews/Reino Unido*, serie A, nº 24833/94.
- Sentencia de 30 de junio de 2005, *Bosphorus Airways/Irlanda*, nº 45036/98.

## **III. TRIBUNAL INTERNACIONAL DE JUSTICIA**

- Dictamen de 11 de abril de 1949, *sobre la reparación de daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas*.

## **IV. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ALEMANIA**

- Sentencia de 29 de mayo de 1974, *Solange I* (BVerfGE 37/271).
- Sentencia de 22 de octubre de 1986, *Solange II* (BVerfGE 73/399).
- Sentencia de 12 de octubre de 1993, *Brunner* o sobre el Tratado de Maastricht (BVerfGE 89/155).
- Sentencia de 30 de junio de 2009, sobre el Tratado de Lisboa (BVerfG 2/08, 5/08, 1010/08, 1022/08, 1259/08, 182/09).
- Sentencia de 6 de julio de 2010, *Honeywell* (BVerfG 2661/06).

## **V. TRIBUNAL SUPREMO DE CANADÁ**

- Dictamen de 20 de agosto de 1998 sobre la secesión de Quebec.

## **VI. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA**

- Sentencia 28/1991, de 14 de febrero (BOE nº 64, 15 de marzo de 1991 y nº 115, 14 de mayo de 1991).
- Sentencia 64/1991, de 22 de marzo (BOE nº 98, 24 de abril de 1991).
- Declaración 1/1992, de 1 de julio de 1992 (BOE nº 177, 24 de julio de 1992).
- Sentencia 80/1993, de 8 de marzo (BOE nº 90, 15 de abril de 1990 y nº 147, 21 de junio de 1993).

- Sentencia 67/1996, de 18 de abril (BOE nº 123, 21 de mayo de 1993 y nº 182, 29 de julio de 1993).
- Sentencia 58/2004, de 19 de abril (BOE nº 120, 18 de mayo de 2004).
- Declaración 1/2004, de 13 de diciembre (BOE nº 3, 4 de enero de 2005).

## **VII. TRIBUNAL SUPREMO DE LOS ESTADOS UNIDOS**

- Sentencia de 6 de marzo de 1819, *McCulloch/Maryland*.
- Sentencia de 2 de marzo de 1824, *Gibbons/Ogden*.
- Sentencia de 12 de marzo de 1827, *Brown/Maryland*.
- Sentencia de 3 de marzo de 1884, *Juilliard/Greenman*.
- Sentencia de 9 de noviembre de 1942, *Wickard/Filburn*.
- Sentencia de 18 de junio de 1945, *Southern Pacific Co./Arizona*.

## **VIII. CONSEJO DE ESTADO DE FRANCIA**

- Decisión de 20 de octubre de 1989, asunto *Nicolo*.

## **IX. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ITALIA**

- Sentencia 183/73, de 27 de diciembre de 1973, *Frontini*.
- Sentencia 170/84, de 8 de junio de 1984, *Granital*.
- Sentencia 384/94, de 10 de noviembre de 1994.

## **X. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA CHECA**

- Sentencia 19/08, de 26 de noviembre de 2008, sobre el Tratado de Lisboa.

## **XI. CÁMARA DE LOS LORES DEL REINO UNIDO**

- Sentencia de 3 de marzo de 1994, asunto *Equal Opportunities Commission/Secretary of State for Employment*.

\* \* \*

